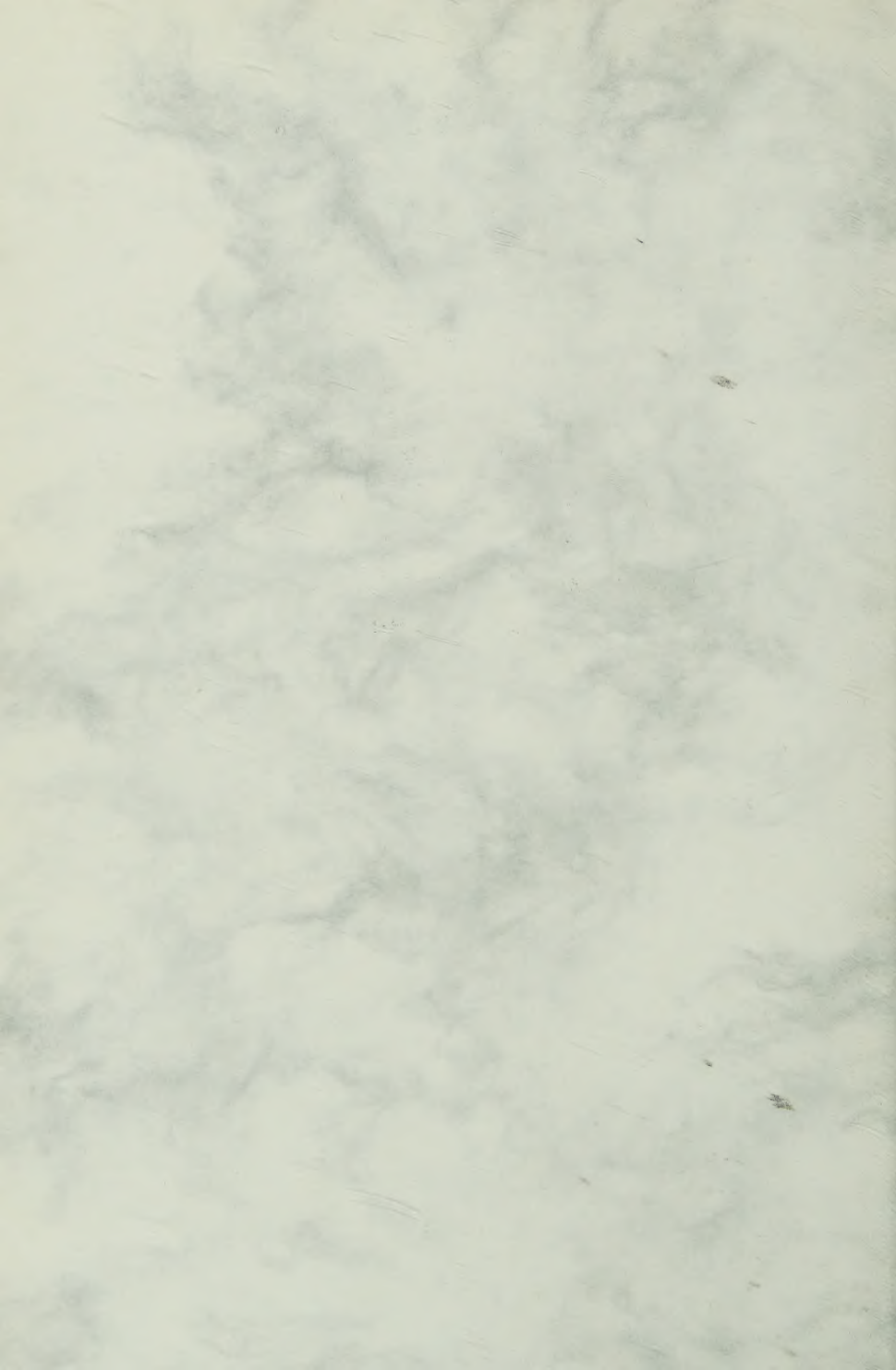


Hermann Schwanke

Gebietsausschließlichkeiten im Vertrieb
und Art. 85 EWG-Vertrag
sowie ihre Behandlung
nach französischem und deutschem
Kartellrecht

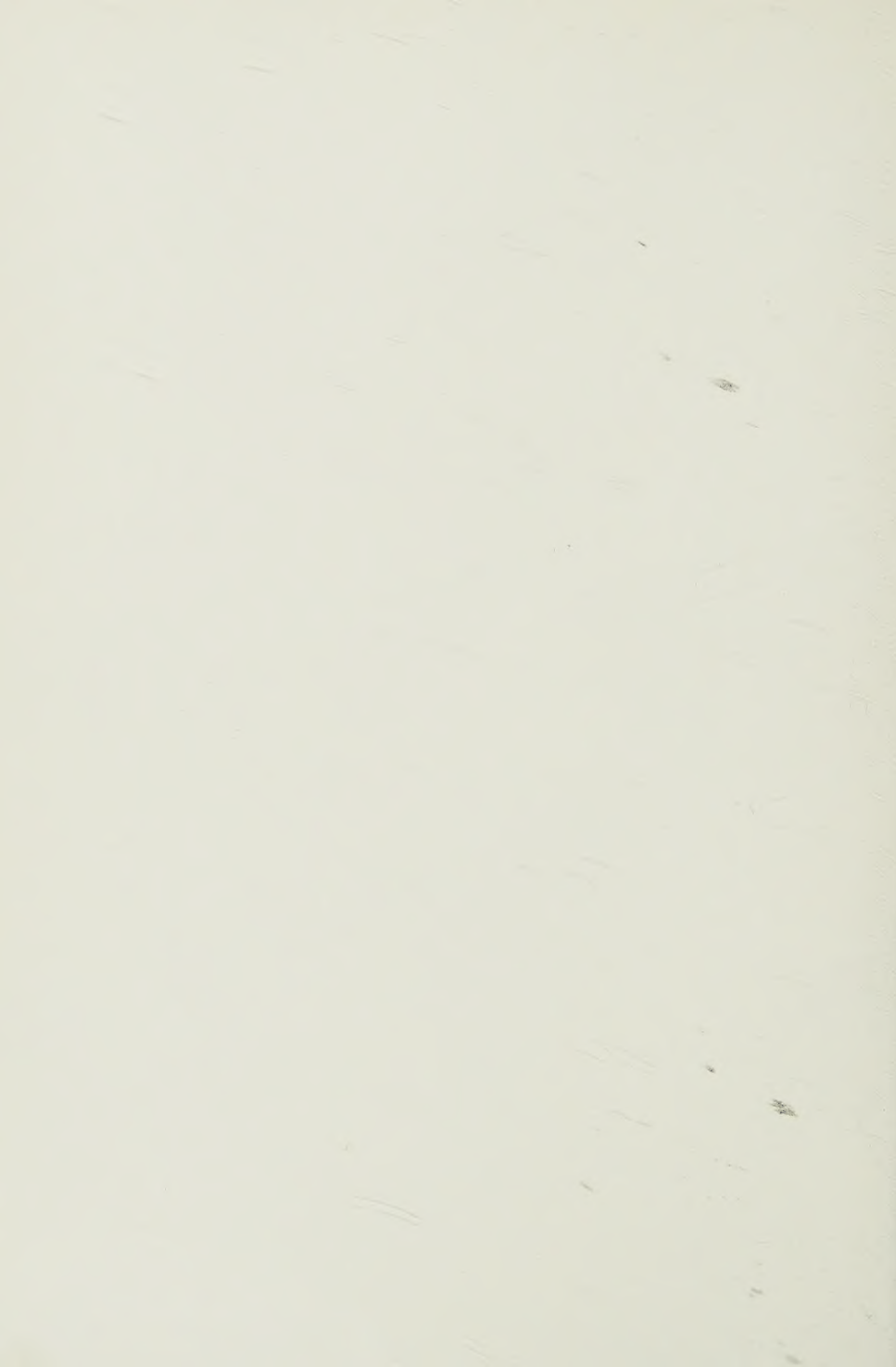
1969
T





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0017



Gebietsausschließlichkeiten im Vertrieb
und Art. 85 EWG-Vertrag
sowie ihre Behandlung
nach französischem und deutschem Kartellrecht

In a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt
von
Hermann S c h w a n k e
aus Hamm / Westf.

1969



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. M e s t m ä c k e r

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. H e l d r i c h

Dekan: Prof. Dr. S e i d e n f u s

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juni 1969

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	<u>Seite:</u>
<u>1. Kapitel: Begriff und Arten der Gebietsausschließlichkeiten</u>	32
<u>I. Begriff der Gebietsausschließlichkeit</u>	32
1. Ausschließlichkeitsbindungen allgemein	32
2. Abgrenzung zu Vertriebsbindungen	33
3. Gebietsausschließlichkeiten als Kombination von beiden	34
4. horizontale Gebietsausschließlichkeiten	35
<u>II. Arten der Gebietsausschließlichkeiten</u>	35
1. Einteilung nach dem Inhalt der Bindung	35
2. Einteilung nach dem territorialen Geltungsbereich	37
3. Einteilung nach der Rechtsform des Abnehmers	38
<u>III. Motive für den Abschluß von Gebietsausschließlichkeiten</u>	39
<u>IV. Motive für die Bekämpfung von Gebietsausschließlichkeiten</u>	41
 <u>2. Kapitel: Die Behandlung der Gebietsausschließlichkeiten im französischen Recht</u>	44
<u>I. Die historische Entwicklung</u>	44
1. Die Entwicklung bis 1945	44
2. Die VO 45-1483 und die VO 53-704	45
3. Die VO 58-545 und das "Circulaire Fontanet"	45
<u>II. Die gegenwärtige Rechtslage</u>	46
1. Abschnitt: Das Gesetz vom 14.10.1943	46
2. Abschnitt: Art. 59 ^{bis} VO 45-1483	47
3. Abschnitt: Art. 37 Nr. 1 a VO 45-1483: allgemeine Bedeutung für Gebietsausschließlichkeiten	48
1. Verkaufsverweigerung als Folge von Ausschließlichkeitsbindungen	49
2. Die Ansicht des Rundschreibens vom 15.2.1954	50
3. Die Ansichten der Rechtsprechung und des Schrifttums	50

4. Abschnitt: Art. 37 Nr. 1 a VO 45-1483: Anwendung auf die einzelnen Arten der Gebietsausschließlichkeiten	56
1. Bindungen des Produzenten	56
a) Bindungen innerhalb Frankreichs	56
a 1) Vertrieb durch Handelsvertreter und Kommissionäre	56
a 2) Vertrieb durch Eigenhändler	58
b) Bindungen im grenzüberschreitenden Warenverkehr	63
b 1) Alleinvertriebsrechte von Frankreich ins Ausland	63
b 2) Alleinvertriebsrechte vom Ausland nach Frankreich	64
c) Bindungen im Gesamtvertrieb	66
2. Bindungen des Abnehmers	66
a) Bindungen innerhalb Frankreichs	66
a 1) Vertrieb durch Handelsvertreter und Kommissionäre	66
a 2) Vertrieb durch Eigenhändler	67
b) Bindungen im grenzüberschreitenden Warenverkehr	68
b 1) Exportverbote von Frankreich ins Ausland	68
b 2) Re-Importverbote für Frankreich	69
b 3) Exportverbote vom Ausland nach Frankreich	69
b 4) Re-Importverbote für das Ausland	70
c) Bindungen im Gesamtvertrieb	70
3. gegenseitige Bindungen	70
4. Zusammenfassung	71
5. Abschnitt: Zivilrecht: Schadensersatzpflicht von Parallelimporteuren	72

<u>3. Kapitel: Die Behandlung der Gebietsausschließlichkeiten nach deutschem Recht</u>	75
<u>I. Die historische Entwicklung</u>	75
1. Abschnitt: Die Rechtslage vor 1923	75
2. Abschnitt: Die Kartellverordnung vom 2.11.1923	76
3. Abschnitt: Die Rechtslage seit 1947: die alliierten Dekartellierungsgesetze	78
1. allgemeine Darstellung	78
2. Ausschließlichkeitsbindungen: der "Kelleher"-brief und die Rechtsprechung	79
3. Vertriebsbindungen: der "Blitz"-brief und die Rechtsprechung	81
4. Die Ausnahmeregelung des Art. V 9 c) Ziff. 2 des Gesetzes Nr. 56 für "distributing agents"	81
5. Zusammenfassung	85
4. Abschnitt: Die Entstehung des GWB	85
<u>II. Die gegenwärtige Rechtslage</u>	86
1. Abschnitt: Überblick über das GWB	86
1. Abgrenzung der §§ 1 ff und §§ 15 ff	86
2. Abgrenzung des § 15 und § 18	88
3. Übersicht über § 18	89
4. Ausschließlichkeitsbindungen und §§ 20, 22, 26 GWB	89
2. Abschnitt: Anwendung des § 18 auf die einzelnen Arten der Gebietsausschließlichkeiten	95
1. Unterabschnitt: Bindungen des Produzenten	95
1. Vertrieb durch Handelsvertreter und Kommissionäre	95
2. Vertrieb durch Eigenhändler im Inland	99
a) Verhältnis von Zugangsbeschränkung und Wettbewerbsbeeinträchtigung	100
b) Zugangsbeschränkung	101
c) Beeinträchtigung des Wettbewerbs	107
3. Vertrieb durch Eigenhändler im grenzüberschreitenden Warenverkehr	109
a) Alleinvertriebsrecht von der BRD ins Ausland	110
b) Alleinvertriebsrecht vom Ausland in die BRD	113
c) praktische Durchsetzbarkeit des § 18	113

2. Unterabschnitt: Bindungen des Abnehmers	114
1. Bindungen der Handelsvertreter und Kommissionäre	115
2. Bindungen der Eigenhändler	116
a) Bindungen im Inland	116
b) Bindungen im grenzüberschreitenden Warenverkehr	117
3. Unterabschnitt: gegenseitige Bindungen	118
4. Unterabschnitt: Folgen eines Verstoßes gegen § 18	119
<u>4. Kapitel: Die Behandlung der Gebietsausschließlichkeiten nach Art. 85 EWG-Vertrag</u>	120
<u>1. Teil: Übersicht über die Wettbewerbsregeln des Vertrages</u>	120
1. Art. 85 bis 94	120
2. unmittelbar geltendes Recht	121
3. Verhältnis von Art. 85 und Art. 86	122
4. sachlicher Anwendungsbereich des Art. 85	124
5. Aufbau des Art. 85	125
6. Anwendbarkeit auf vertikale Verträge	125
<u>2. Teil: Anwendung des Art. 85 Abs. 1 auf die einzelnen Arten der Gebietsausschließlichkeiten</u>	129
1. Abschnitt: Bindungen des Produzenten	129
1. Unterabschnitt: Bindungen innerhalb eines Mitgliedstaates	129
1. Vertrieb durch Handelsvertreter und Kommissionäre	129
2. Vertrieb durch Eigenhändler	137
2. Unterabschnitt: Bindungen mit Eigenhändlern im grenzüberschreitenden Warenverkehr	139
1. Alleinvertriebsrecht von einem Mitgliedstaat in einen anderen: Fall "Grundig-Consten"	140
a) Sachverhalt und Prozeßgeschichte	140
b) Beeinträchtigung des Handels	141
b 1) allgemeine Bedeutung des Begriffs	141
b 2) Anwendung auf Alleinvertriebsrechte mit absolutem Gebietschutz	148
b 3) Anwendung auf Alleinvertriebsrechte ohne absoluten Gebietschutz	149

b 4) Einwände der Literatur	150
c) Verfälschung des Wettbewerbs	152
c 1) allgemeine Bedeutung der Begriffe	152
c 2) Anwendung auf Alleinvertriebsrechte mit absolutem Gebietschutz	156
c 3) Anwendung auf Alleinvertriebsrechte ohne absoluten Gebietsschutz	161
2. Alleinvertriebsrechte von einem Mitgliedstaat in einen Drittstaat: Fall "Grosfiller"	165
3. Alleinvertriebsrecht von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat	167
2. Abschnitt: Bindungen des Abnehmers	170
1. Unterabschnitt: Bindungen von Handelsvertretern und Kommissionären	170
2. Unterabschnitt: Bindungen von Eigenhändlern innerhalb eines Mitgliedstaates	171
3. Unterabschnitt: Bindungen von Eigenhändlern im grenzüberschreitenden Warenverkehr	173
1. Exportverbot von einem Mitgliedstaat in einen anderen	173
2. Re-Importverbot im Verkehr zwischen Mitgliedstaaten	177
3. Beschränkungen im Warenaustausch zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten	180
4. Zusammenfassung	184
3. Abschnitt: gegenseitige Bindungen	185
<u>3. Teil: Art. 85 Abs. 2</u>	187
<u>4. Teil: Art. 85 Abs. 3</u>	190
1. Abschnitt: Rechtsnatur und Aufbau des Abs. 3	190
2. Abschnitt: Anwendung auf die nach Abs. 1 verbotenen Gebietsausschließlichkeiten	192
1. Unterabschnitt: Alleinvertriebsrechte zwischen Mitgliedstaaten	193
1. Alleinvertriebsrechte ohne absoluten Gebietsschutz	193
a) Verbesserung der Warenverteilung	193
b) angemessene Beteiligung der Verbraucher	196

c) Unerläßlichkeit der Beschränkung	199
d) Ausschaltung von Wettbewerb	200
2. Alleinvertriebsrechte mit absolutem Gebietsschutz	202
a) Verbesserung der Warenverteilung	202
b) angemessene Beteiligung der Verbraucher	202
c) Unerläßlichkeit der Beschränkung	204
d) Ausschaltung von Wettbewerb	209
2. Unterabschnitt: Die sonstigen nach Abs. 4 verbotenen Verträge	209
1. Alleinvertriebsrecht von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat	209
2. Exportverbot zwischen Mitgliedstaaten	209
3. Re-Importverbot zwischen Mitgliedstaaten	211
4. sonstige verbotenen Verträge	211
3. Abschnitt: Sonstige Probleme des Abs. 3	212
1. Ermessensspielraum bei der Freistellung	212
2. teilweise Freistellung	213
3. Gruppenfreistellung, VO 19 des Rates, VO 67 der Kommission	214
4. Abschnitt: Das Verfahren nach Art. 85 Abs. 3	217
<u>5. Teil: Zusammenfassung</u>	218

Abkürzungs- und Zeitschriftenverzeichnis

A.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWD BB	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BB	Der Betriebs-Berater
Betrieb	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIDEC	Bipartite Decartelization Commission
BKarta	Bundeskartellamt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BWM	Bundeswirtschaftsminister
C.E.E.	Communauté Economique Européenne
Common Market Law Review	
Cour de cass.	Cour de cassation
Dalloz	Recueil Dalloz
Deutsches Autorecht	
DIDEG	US-Decartelisation and Industrial Deconcentration Group
Die Aktiengesellschaft	
Diss.	Dissertation
Erl.	Erläuterung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH Sammlung	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb

Fußn.	Fußnote
Gaz.Pal.	La Gazette du Palais
Gem.Komm.	Gemeinschaftskommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
La Semaine Juridique	
Le Droit et les Affaires	
LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mil.Reg.	Militärregierung
MUV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanunions-Vertrag)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Revue critique de Droit International Privé	
Revue du Marché Commun	
Revue internationale de Droit Comparé	
Revue trim. de Droit Comm.	Revue trimestrielle de Droit Commercial
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
str.	streitig
The Antitrust Bulletin	

Tz.	Textziffer
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
World Unfair Competition Law	
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuR	Wirtschaft und Recht
WuW/E	Entscheidungssammlung der WuW
ZGesHWR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

I. Kommentare, Monographien, Dissertationen, Aufsätze

- ARNOLD, Hans: Das Verbot der Diskriminierung nach § 26 Abs. 2 GWB in seinem Verhältnis zur Vertriebsbindung nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB. WuW 1960, S. 618
- AXSTER, Oliver: Die Vorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag. Kartellrungschau Heft 8, S. 143
- BARUCH, Wolfgang: Zum Anwendungsbereich des GWB. WuW 1961, S. 530
- BASSON, Claus-Peter: Vertikale Preisbindung und Exportverbot. Ihre rechtlichen Aspekte im Gemeinsamen Markt. MA 1962, S. 599
- BAUDOUIN-BUGNET, Pierre: Der französische Kartellgesetzentwurf und die Strafvorschriften des Code Pénal. WuW 1952, S. 781
Zur Auslegung der Bestimmungen der französischen KartellVO vom 9. August 1953. WuW 1954, S. 662
- BAUMBACH/DUDEN: Kommentar zum HGB. 15. Aufl., München, Berlin 1962
- BAUMBACH/HEFERMEHL: Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 8. Aufl., München, Berlin 1960
- BECKMANN, Peter: Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Band 6, 1968
- BEIER, Friedrich-Karl: Die kartellrechtliche Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt und den USA. GRUR Ausl. 1964, S. 84

- BELKE, Rolf: Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen.
Tübingen 1966
- BENISCH, Werner: Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965.
Betrieb 1965, S. 1035
Gruppenfreistellungsverordnung für Alleinvertriebsvereinbarungen.
Betrieb 1966, S. 1677
- BIEDENKOPF, Kurt: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel.
Heidelberg 1958
- BIRKHAHN, Raimund: Die Ausschließlichkeitsklausel in Handelsvertreterverträgen.
Hamburg 1961, Diss.
Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter auch ohne vertragliche Vereinbarung?
BB 1961, S. 1351
- BÜHM, Franz: Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung.
Reden und Schriften, Karlsruhe 1960, S. 25
Das Problem der privaten Macht.
Reden und Schriften, Karlsruhe 1960, S. 46
Demokratie und ökonomische Macht.
Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band I, Karlsruhe 1961, S. 3
- BUSSMANN, Kurt: Warenzeichen, Originalersatzteile und Ausschließlichkeitsverträge.
WuW 1953, S. 131
- CARBONNIER, Jean: Droit Civil II: Les Biens et les Obligations.
Paris 1959

- CASEL, Jean: Refus de vente, clauses d'exclusivité, contrat de concession.
Paris 1960
- CATALANO, Nicola: Les contrats dits "d'exclusivité" et l'article 85 du Traité de la C.E.E.
Le droit et les Affaires, 24.2.1964, Document 60, S. 1
- COING, Helmut: Zur Auslegung von Art. 85 EWG-Vertrag.
ZGesHWR 125, S. 271
- COSNARD, H.-D.: Concession exclusive et refus de vente.
Dalloz 1962, Chronique S. 237
Le refus de vente.
Revue trim. de Droit Comm. 1962, S. 187
- DELVOLVÉ, J.L.: Le refus de vente.
Dalloz 1960, Chronique S. 203
- DERINGER, Arved: Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.
Loseblattkommentar, seit 1962 fortlaufend in WuW zitiert: DERINGER in Komm.
Inhalt und Auswirkungen der ersten Kartellverordnung der EWG.
GRUR Ausl. 1962, S. 283
Die erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages.
WuW 1962, S. 81
Alleinvertriebsabkommen mit Gebietsschutz nach EWG-Wettbewerbsrecht.
MA 1965, S. 122
Die Verordnung über Gruppenfreistellungen nach EWG-Kartellrecht.
NJW 1965, S. 1105
Alleinvertriebsverträge im Wettbewerbsrecht des gemeinsamen Marktes.
NJW 1966, S. 1585

- DERINGER/TESSIN: Das erste Kartellgesetz des Gemeinsamen Marktes.
NJW 1962, S. 989
Anmerkung zu der Entscheidung "Grundig - Consten".
AWD BB 1964, S. 331
Gruppenausnahmen im EWG-Kartellrecht in Aussicht.
AWD BB 1964, S. 71
Zur Auslegung der Neufassung des § 18 GWB.
WuW 1966, S. 132
- DICHGANS, Hans: Zum Begriff des "Mißbrauchs" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
WuW 1958, S. 658
- DÖRINKEL, Wolfram: Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB.
WuW 1959, S. 81
Die Ausschließlichkeitsklausel im Handel mit Ersatzteilen der Automobilindustrie.
WuW 1955, S. 716
Die Novelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
WuW 1965, S. 809
Die neuen Bestimmungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
NJW 1965, S. 2321
- DROSTE, Karl: Die Wettbewerbsregeln der EWG.
NJW 1962, S. 1937
- DÜESBERG, Peter: Wirtschaftliche Analyse der zweiseitigen Alleinvertriebsverträge.
WuW 1966, S. 463
- DURRY, Georges: Ouragan "européen" sur les contrats d'exclusivité?
Dalloz 1963, Chronique S. 177
- EHLE, Dietrich: Verhältnis des europäischen Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht.
NJW 1964, S. 2331

- EHLERS, Kurt: Export- und Re-Importverbote in Lizenzverträgen aus der Sicht des EWG-Kartellrechts. GRUR Ausl. 1963, S. 424
- ELLIS, James M.: The Legality of Exclusive Distributorships under Common Market Antitrust Law. The Antitrust Bulletin 1964, S. 775
- ELLIS, Joseph: L'interprétation du mot "affecter" dans l'article 85, § 1^{er}, du Traité de la Communauté économique européenne par rapport aux mots "empêcher", "restreindre" ou "fausser le jeu de la concurrence". Dalloz 1963, Chronique S. 221
- EVERLING, Ulrich: Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Recht in der praktischen Rechtsanwendung. NJW 1967, S. 465
- EWALD, Heinz: Zu Ausschließlichkeitsverträgen der Treibstoffgesellschaften über Selbstverbraucheranlagen. BB 1951, S. 43
- Die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellenvertrag - Kartellrechtliche Bedenken? BB 1953, S. 307
- Der Alleinvertretervertrag unter der Sicht des Artikels 85 EWGV. MA 1965, S. 113
- FIKENTSCHER, Wolfgang: "Sonstige Verträge" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Festschrift für Alfred Hueck, München, Berlin 1959, S. 543

- FRANCESCHELLI, Remo: Limitations de la concurrence non soumises à l'interdiction de l'article 85, alinéa 1, du Traité de la C.E.E. (art. 85, alinéa 3), et procédure d'exemption.
Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, Karlsruhe 1961, S. 285
- Frankfurter Kommentar: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
Loseblattsammlung, Köln, seit 1958
- v.GAMM, Otto-Friedrich Frhr.: Das Kartellrecht im EWG-Bereich.
Kartellrundschau Heft 3, 1961
- GLEISS, Alfred: Dekartellierung und Händlerverträge in der Automobilindustrie.
BB 1950, S. 377
Alleinvertreter- und Alleinvertriebsverträge mit Firmen im Ausland.
BB 1950, S. 771
Zwei bedeutsame Urteile des Europäischen Gerichtshofes.
WRP 1967, S. 163
- GLEISS/DERINGER/LUTZ: Außenhandelsverträge im GWB.
AWD BB 1958, S. 3
- GLEISS/HIRSCH: Das Kartellrecht der EWG.
AWD BB 1962, S. 121
EWG-Kartellrecht.
Kommentar, 2. Aufl., Heidelberg 1965
Das erste Negativattest der EWG-Kommission.
NJW 1964, S. 1604
Ausschließlichkeitsverträge nach der Novelle zu § 18 GWB.
WRP 1966, S. 17

- GLEISS/HOOTZ:
Keine Gruppenfreistellungen nach EWG-Kartellrecht für Alleinvertriebs- und Patentlizenzverträge.
NJW 1963, S. 230
Anmerkung zum Urteil "Grundig - Consten" des EuGH.
AWD BB 1966, S. 310
- GLEISS/LUTZ:
Die Stellung des Exporteurs im GWB.
AWD BB 1958, S. 158
Ausschließlichkeitsklauseln - wann können sie für unwirksam erklärt werden?
Die Aktiengesellschaft 1958, S. 128
- GOLDSMITH, J.-C.:
En attendant l'arrêt Grundig-Consten: La notion d'abus d'exclusivité en vertu de l'article 85 du Traité de Rome.
Dalloz 1965, Chronique S. 237
- GRAUPNER, R.:
Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages für Unternehmen in Ländern außerhalb der EWG.
AWD BB 1963, S. 1
The Rules of Competition in the European Economic Community.
The Hague 1965
- GRAVENSTEIN, Viky:
Maßnahmen der französischen Regierung gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
WuW 1953, S. 616
- v.d. GROEBEN/BOECKH:
Kommentar zum EWG-Vertrag.
Baden-Baden, Bonn, Frankfurt/M. 1958
- GUENTHER, Eberhard:
Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der EWG.
WuW 1957, S. 275

- GUENTHER, Eberhard: Zweieinhalb Jahre Kartellpolitik in Deutschland.
Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, Karlsruhe 1961, S. 79
Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen.
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 47
Europäische und nationale Wettbewerbspolitik.
Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 279
Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen.
WuW 1957, S. 677
- GUGLIELMETTI, Giannantoni: Les exclusivités de vente.
Revue du Marché Commun 1959, Supplément au Nr. 16, S. 38
- GUTZLER, Helmut: Die Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
BB 1965, S. 917
- GUYENOT, Jean: Les conventions d'exclusivité de vente.
Revue trim. de Droit Comm. 1963, S. 513
- HEISEKE, Jürgen: Die warenzeichenrechtliche Problematik der Entscheidung der EWG-Kommission im Falle Grundig-Consten.
NJW 1965, S. 1409
- HELLMANN/PFEIFFER: Alleinvertriebsverträge im System des europäischen Kartellrechts.
AWD BB 1962, S. 241
- HÉMARD, Jean: Anmerkung zum Urteil des Tribunal de commerce von Nizza vom 30.5.1960.
Dalloz 1960, Jurisprudence S. 567

- HÉMARD, Jean: Anmerkung zum Urteil der Cour d'appel von Amiens vom 9.5.1963.
Dalloz 1963, Jurisprudence
S. 559
Une enquête sur les contrats d'exclusivité, le refus de vente et les prix imposés dans les pays du Marché Commun.
Revue Internationale de droit comparé 1964, S. 701
- HOLL, Heinz-Norbert: Vertragsfreiheit und "refus de vente".
WRP 1962, S. 156
- HOMBURGER/JENNY: Vertragliche Ein- und Ausfuhrverbote im EWG-Kartellrecht.
WuR 1962, S. 121
Internationalrechtliche Aspekte des EWG-Wettbewerbsrechts.
Bern 1966
- HOOTZ, Christian: Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz im EWG-Kartellrecht.
NJW 1966, S. 2249
- HUG, Walther: Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen des Montanvertrages und des Vertrages über die EWG auf in Nichtmitgliedstaaten veranlaßte Beschränkungen des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt.
Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 2, Karlsruhe 1961, S. 603
- ISAY/TSCHIERSCHKY: Kartellverordnung.
2. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
- JACOBSON, Hans: Die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellenvertrag.
BB 1953, S. 609
- JAHNS: Die Ausschließlichkeitsklausel im Handel mit Ersatzteilen der Automobilindustrie.
WuW 1955, S. 786

- JEANTET, Fernand-Charles: Réflexions sur l'application
 du droit des ententes aux con-
 trats comportant une clause
 d'exclusivité.
 La Semaine Juridique 1963,
 Doctrine 1743
 Première décision de la Commis-
 sion de la C.E.E. appliquant
 l'article 85 du Traité de Rome
 à un accord de distribution
 exclusive.
 La Semaine Juridique 1964,
 Doctrine 1871
- JESSEN, Uwe: Die Grenzen der Zulässigkeit
 von Exportkartellen.
 AWD BB 1960, S. 137
- KAISER, Joseph: Zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3
 des EWG-Vertrages auf Gruppen
 von Kartellverträgen.
 FIW-Schriftenreihe Heft 21, 1964
- KAUL, Bernhard: Zur Anmeldung von Ausschließ-
 lichkeits- und Vertriebsbindun-
 gen nach dem EWG-Kartellrecht.
 AWD BB 1962, S. 156
- de KEYSER, Leon J.: Territorial Restrictions and
 Export Prohibitions under the
 United States and the Common
 Market Antitrust Laws.
 Common Market Law Review, Band 2,
 1964/65, S. 271
- KIRSCHSTEIN, Friedrich: Anmerkung zur Entscheidung
 "Grosfillex".
 WuW 1964, S. 560
 Die ersten kartellrechtlichen
 Entscheidungen der EWG-Kommis-
 sion.
 WRP 1965, S. 77
 Die EWG-Verordnung über Grup-
 penfreistellungen.
 WuW 1965, S. 361

- KIRSCHSTEIN, Friedrich: Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen nach EWG-Kartellrecht.
WuW 1966, S. 777
Die Gruppenfreistellungsverordnung der EWG-Kommission für Alleinvertriebsvereinbarungen.
WuW 1967, S. 373
- KLEEMANN, Gerd: Die Wettbewerbsregeln der EWG.
Baden-Baden 1962
Die kartellrechtliche Beurteilung von vertikalen Ausschließlichkeitsverträgen im Gemeinsamen Markt.
Betrieb 1962, S. 1631
Die Stellungnahme der Kommission der EWG zu vertikalen Alleinvertriebsverträgen und Lizenzverträgen im Gemeinsamen Markt.
WRP 1963, S. 117
- KNOPP, Werner: Über die Anwendbarkeit von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge.
AWD BB 1962, S. 269
- KOCH, N.: Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB.
BB 1959, S. 241
- KÖNIG, Dieter: Vertikale Preis- und Konditionenbindung nach deutschem und EWG-Kartellrecht.
Berlin, Frankfurt/M. 1965
- KOENIGS, Folkmar: Anmerkung zu dem Urteil des EuGH vom 13.7.1966 ("VO 19").
Europarecht 1966, S. 343
- KRONSTEIN, Heinrich: Neue deutsche wirtschaftsrechtliche Entscheidungen im Lichte des amerikanischen Antitrustrechts.
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 1953, Heft 6

- KRONSTEIN, Heinrich: Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrages und des Vertrages über die EWG.
Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, Karlsruhe 1961, S. 111
- KUHLMANN, H.-G.: Preisbindung und EWG-Vertrag.
WRP 1959, S. 45
- LADAS, Stephen P.: Exclusive Distribution Agreements and the Common Market Antitrust Law.
The Antitrust Bulletin 1964, S. 761
- LALOU, Henri: 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers.
Dalloz 1928, Chronique S. 69
- LAMPERT, Wilhelm: Beschränkungen der Vertragsfreiheit auf dem Patentgebiet durch den "Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen".
GRUR 1952, S. 463
- LANGEN, Eugen: Kartellgesetz.
4. Aufl., Neuwied, Berlin-Spandau, Darmstadt 1964
- LEHMPFUHL, Rolf-S.: Vertriebsbindungen.
FIW-Schriftenreihe Heft 22, 1965
- LEO, Hans-Christoph: Der Ausschließlichkeitsvertrag in den Entwürfen für eine Reform des GWB.
WRP 1964, S. 327
- LE TALLEC, Georges: Die Wettbewerbsregeln in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes.
AWD BB 1966, S. 437
- LIEBERKNECHT, Ortfried: Die Vernünftigkeitssklausel (rule of reason) im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen.
BB 1956, S. 156

- LIEBERKNECHT, Ortfried: Verträge über gewerbliche Schutzrechte und sonstige technische Leistungen nach §§ 20, 21 GWB.
Betrieb 1957, S. 1011
- LINDENMAIER, Fritz: Wettbewerbsverbote und Dekartellierungsrecht.
BB 1950, S. 877
- LOEBELL: Schutz der Preisbindung durch Export- und Re-Importverbote.
WRP 1964, S. 33
- LOEWISCH, Manfred: Die Stellung der Produzentenhändler im Wettbewerbsbeschränkungsrecht.
Tübingen 1961, Diss.
- LUTZ, Helmuth: Auswirkungen der Kartellgesetznovelle auf vertikale Bindungen nach § 18 GWB.
BB 1965, S. 1336
- LUTZ/BASSON: Re-Importverbot und EWG-Vertrag.
NJW 1961, S. 385
- MAILÄNDER, K.-Peter: Rückwirkende Freistellungen durch Gruppenausnahmen im EWG-Kartellrecht.
AWD BB 1965, S. 161
Anmerkung zum "Grundig-Consten"-Urteil.
BB 1966, S. 838
- MARKERT, Kurt: Alleinvertriebsverträge und Antitrustrecht.
WuW 1964, S. 299
Frankreich: Absoluter Gebietsschutz für Alleinvertriebsverträge durch die Gerichte.
AWD BB 1965, S. 130
Die Rechtsprechung der französischen Gerichte zum Verbot der Lieferverweigerung.
WRP 1966, S. 96
- v. MEIBOM, Hanspeter: Beiträge zum Europarecht.
NJW 1965, S. 465

- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: Ausschließlichkeitsverträge, Kopplungsverträge und offene Märkte.
JZ 1954, S. 621
Competition Law in the European Economic Community.
World Unfair Competition Law Band 1, S. 38
Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik.
Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschafts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Neue Folge, Band 29, Berlin 1963, S. 305
Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht.
AcP 168, S. 235
- MEZGER, Ernst: Das Verbot von vertikalen Bindungen, Diskriminierungen und Lieferverweigerungen und seine Wirkung auf Exklusivverträge in Frankreich.
AWD BB 1962, S. 216
Le commerçant étranger établi à l'étranger est-il soumis à la prohibition du refus de vente en France?
Revue critique de droit international privé 1963, S. 43
Verbot der Lieferverweigerung und seine Auswirkung auf Alleinvertriebsverträge in Frankreich.
AWD BB 1963, S. 180
Frankreich: Zum Verbot der Lieferverweigerung, der Alleinvertriebsverträge und zur Auslegung des EWG-Vertrags.
AWD BB 1964, S. 361
Entwicklung der französischen Rechtsprechung über vertikale Bindungen im Jahre 1965.
AWD BB 1966, S. 158

MÜHRING, Philipp:

Ersatzteile- und Zubehörhandel durch die Automobilindustrie.

WuW 1953, S. 537

Die Reimportklausel nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages.

Festschrift für Otto Riese, 1964, S. 175

Aktuelle Wirkungen des EWG-Vertrages auf das Kartellrecht, das Niederlassungsrecht, den Dienstleistungsverkehr und das Agrarrecht.

NJW 1965, S. 1633

MÜHLENSIEPEN/DÜRINKEL:

Kartellrecht.

3. Aufl., Berlin 1938

MÜLLER/GRIES:

Kommentar zum GWB.

2. Aufl., Frankfurt/M. 1966

MÜLLER-HENNEBERG, Hans:

Zur Auslegung des § 6 GWB.

WuW 1961, S. 309

MÜLLER-HENNEBERG/SCHWARTZ:

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht.

Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1963

zitiert: Gem.Komm.

NEUMANN, Erwin:

Vertragliche Ausfuhrverbote im Gemeinsamen Markt.

Betrieb 1959, S. 479

Handelsvertreter-, Kommissions- und Eigenhändlerverträge im Gemeinsamen Markt.

Betrieb 1962, S. 1495

§ 18 GWB im Streit der Änderungsbestrebungen.

Kartellrundschau Heft 5, S. 99

NEUMAYER, Karl:

Internationales Verwaltungsrecht.

Band 4, Zürich, Leipzig 1936

NIEDERLEITHINGER/POCHE:

Die Kartellgesetz-Novelle 1965.

WRP 1965, S. 307

- OBERNOLTE, Wolfgang: Die erste DurchführungsVO zu den Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages.
WRP 1962, S. 103
- PINDER, Wolfgang: Grundsatzfragen des neuen Bundesrechtes für Exportkartelle.
WuW 1958, S. 570
- PLAISANT, R.: Les contrats d'exclusivité.
Revue trim. de Droit Comm.
1964, S. 1
- PLAISANT/FRANCESCHELLI/
LASSIER: Droit européen de la concurrence.
Paris 1966
- PLAISANT/LASSIER: Die Trusts und Wirtschaftsverbände im französischen Recht.
Jahn/Junckerstorff: Internationales Handbuch der Kartellpolitik, Berlin 1958, S. 177
Die neuere kartellrechtliche Entwicklung in Frankreich.
WuW 1960, S. 427
- RASCH, Harold: Ausschließlichkeitsbindungen im Handelsvertreterrecht.
WuW 1958, S. 208
- RASCH/WESTRICK: Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht.
Kommentar zum GWB und Erläuterungen zum Europäischen Kartellrecht, 3. Aufl., Herne, Berlin 1966
- REHBINDER, Eckard: Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts.
Baden-Baden 1965
- REICHSGERICHTSRÄTE: Kommentar zum HGB.
5. Band, 2. Aufl., Berlin 1960
- REIMER, Dietrich: Preis- und Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt.
GRUR Ausl. 1966, S. 509, 565

- REIMERT, Wilhelm:
Gesetz Nr. 56.
Frankfurt/M. 1947
- RIPERT/BOULANGER:
Traité de Droit Civil.
Tome II, Paris 1957
- RITTNER, Fritz:
Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung.
WuW-Schriftenreihe Heft 4
Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
Betrieb 1957, S. 1091, 1118
Die warenzeichenrechtlichen Fragen der Grundig-Consten-Entscheidung.
MA 1965, S. 183
Die vertragsrechtlichen Fragen der Grundig-Consten-Entscheidung.
MA 1965, S. 97
- RODIERE, René:
Limitations de la concurrence interdites aux termes de l'article 85, alinéa 1, du Traité de la C.E.E., et incidences sur le Droit civil (article 85, alinéa 2).
Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, Karlsruhe 1961, S. 261
- RYZIGER, Paul-François:
Contrat d'exclusivité et refus de vente.
Gaz.Pal. 1961 II, Doctrine S. 19
Le contrat de concession exclusive de vente, face au délit de refus de vente et à la réglementation sur les prix et les restrictions à la concurrence dans le Marché Commun.
Gaz.Pal. 1963 I, Doctrine S. 12
- SAFFERLING, Josef:
Kartellrecht in Frankreich.
WuW 1962, S. 661

- SALLERIN, Guy: Die Zulässigkeit von Alleinvertriebsverträgen in Frankreich.
AWD BB 1963, S. 157
- SANDROCK, Otto: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
München 1968
- SCHLEGELBERGER, Franz: Kommentar zum HGB.
3./4. Aufl., Berlin, Frankfurt/M., 1957, 1960
- SCHLIEDER, Willy: Die Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrages nach dem Erlaß der ersten Durchführungsverordnung.
BB 1962, S. 305
- SCHLUEP, Walter R.: Der Alleinvertriebsvertrag. Markstein der EWG-Kartellpolitik.
Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Band 1, Bern 1966
- SCHMIDT, Ingo: Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV.
WuW 1965, S. 453
- SCHOLZ, Ulrich: Die vertikale Preisbindung und das Wettbewerbsrecht der EWG.
WRP 1963, S. 1
Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen und internationales Privatrecht.
WRP 1963, S. 262
- SCHRÖTER, Helmuth: Alleinvertriebsabkommen im Wettbewerbsrecht der EWG.
WRP 1967, S. 110
- SCHUMACHER, Hermann: Die Durchführung der Artikel 85 und 86 des Rom-Vertrages.
WuW 1962, S. 475
Rechtliche Probleme bei der Anwendung des EWG-Kartellrechts durch nationale Behörden und Gerichte.
AWD BB 1965, S. 405

- SCHUMACHER, Hermann: Die Grundig-Entscheidung und das Territorialitätsprinzip des Warenzeichenrechts im Gemeinsamen Markt.
WuW 1967, S. 3
- SCHWARTZ, Gustav: EWG-Vertrag und vertikale Bindungen.
MA 1959, S. 317
Ausschließlichkeitsverträge und Vertriebsbindungen nach EWG-Kartellrecht.
Kartellrundschau Heft 8, S. 197
- SCHWARTZ, Ivo E.: Deutsches Internationales Kartellrecht.
Köln, Berlin, Bonn, München 1962
Anwendbarkeit nationalen Kartellrechts auf internationale Wettbewerbsbeschränkungen.
Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band II, S. 673
- SEGELMANN, Frank: Räumlich relevanter Markt im § 18 GWB.
WuW 1966, S. 942
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Kartellbekämpfung im Gemeinsamen Markt und das Völkerrecht.
AWD BB 1960, S. 885
- SENNEWALD, Helmut: Kartelle und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in Frankreich.
Beiträge zum europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, Band 3, Karlsruhe 1964
- SIEG, Harald: Ausschließlichkeitsverträge und Kartellrecht.
BB 1951, S. 295
- SKAUPY, Walther: Die angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn gemäß Art. 85 Abs. 3 EWGV.
WuW 1967, S. 559
- SÖLTER, Arno: Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt.
Kartellrundschau Heft 4, 1962

- SÖLTER, Arno: Die Ausnahmenvorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag.
WuW 1961, S. 665
- SPENGLER, Albrecht: Ausschließlichkeitsklauseln und Dekartellisierung.
MA 1951, S. 513
Abgrenzung zwischen dem GWB und den "Vorschriften für Unternehmen" im EWG-Vertrag.
WuW 1958, S. 73
Nationales und übernationales Kartellrecht im EWG-Vertrag.
MA 1960, S. 881
- SPORMANN, Kurt: Die Gruppenfreistellung zweiseitiger Alleinvertriebsvereinbarungen.
AWD BB 1966, S. 333, AWD BB 1967, S. 175
- STEINDORFF, Ernst: Alleinverkaufsrecht in Frankreich.
WuW 1957, S. 106
Vertikale Preisbindung im Gemeinsamen Markt der EWG.
ZGesHWR 124, S. 182
Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht.
Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, Karlsruhe 1961, S. 157
Zur Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Abreden im Europäischen Gemeinschaftsrecht.
Festschrift für Carl Friedrich Ophüls 1965, S. 209
- STRICKRODT, Georg: Geltungskraft und Geltungsumfang der Wettbewerbsregeln im Vertrag über den Gemeinsamen Markt.
Betrieb 1957, Beilage Nr. 9
- TESSIN, Claus: Alleinvertriebsverträge im Wettbewerbsrecht des Gemeinsamen Marktes.
AWD BB 1962, S. 128

- TESSIN, Claus: Gruppenausnahmen im EWG-Kartellrecht für Alleinvertriebs- und Lizenzverträge.
AWD BB 1965, S. 54
Alleinvertriebsverträge im EWG-Kartellrecht.
Betrieb 1966, S. 1261
Gruppenfreistellung für Alleinvertriebsverträge.
NJW 1967, S. 1164
- TETZNER, Heinrich: Zur Auslegung des MilReg.-Gesetzes Nr. 56 (Amerikanische Zone).
NJW 1952, S. 252
- TOULEMON, André: La spéculation par refus de vente.
Revue trim. de Droit Comm. 1961, S. 1
- VÖLP, Fromut: Gefährdung der Preisbindung durch Reimport.
WRP 1963, S. 69
- WALTHER, Carl: Kartellrechtliche Probleme bei der Gewährung von Kundenschutz durch Nichtbelieferung von Wettbewerbern.
WRP 1958, S. 33
- v. WERDT, Rudolf: Zur Frage der Anwendung von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge.
WuW 1962, S. 583
- WEYER, Heinrich: Die Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages.
Betrieb 1962, S. 293, 325
- WOLF, Ernst: Zum Kartellrecht der EWG.
WuW 1962, S. 645
- WÜRDINGER, Hans: Räumlicher Geltungsbereich des GWB.
WuW 1956, S. 775
Exportkartell und EWG.
WuW 1960, S. 313

ZEITLER, Gottfried: Die Wettbewerbsverfälschung -
ein Spezialfall der Wettbe-
werbsbeschränkung?
WuW 1963, S. 477

ZIPFEL, Walter: Kartellrechtliche Beurteilung
von Bierlieferungsverträgen.
BB 1958, S. 1004

II. Sonstiges

Bekanntmachung der EWG-Kommission über Alleinvertriebsver-
träge mit Handelsvertretern und über Patentlizenzverträge
vom 21.12.1962

WuW 1963, S. 121

Brief des Bundeskartellamtes vom 21.8.1961

WuW/E BKartA 384

Briefe des Bundeswirtschaftsministers vom 17.12.1956 und
21.12.1957

WuW/E BWM 43, 115

Brief des Leiters der US-Decartelization and Deconcentra-
tion Division vom 31.1.1951 ("Kelleher-Brief")

WuW/E All 9

Circulaire du 15.2.1954 portant commentaire des dispo-
sitions du décret 53-704 du 9.8.1953

Casel, Jean a.a.O., S. 131 ff = WuW 1954, S. 478 ff

Circulaire du 31.3.1960 relative à l'interdiction des pra-
tiques commerciales restreignant la concurrence ("Circu-
laire Fontanet")

Casel, Jean a.a.O., S. 143 ff

Merkblatt zu Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages und ihren
Durchführungsverordnungen

WuW 1964, S. 79 ff

Stellungnahme der Decartelization and Deconcentration
Division vom 1.7.1953 ("Blitz-Brief")

WuW/E All 38

Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes

1. Kapitel: Begriff und Arten der Gebietsausschließlichkeit:

I. Begriff der Gebietsausschließlichkeit.

1. Zur Klärung der Frage, welche Sachverhalte den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bilden, muß von dem Begriff der Ausschließlichkeitsbindung ausgegangen werden. Dieser Ausdruck, der dem deutschen Gesetz fremd ist, dient heute in Rechtsprechung und Literatur der systematischen Erfassung einer großen Zahl verschiedenartiger Erscheinungsformen des wirtschaftlichen Lebens. Die gelegentlich auch vorkommenden Bezeichnungen "Ausschließlichkeitsabkommen", "-vereinbarungen" oder "Exklusivverträge" bedeuten inhaltlich nichts anderes.

Nach der wohl allgemein anerkannten Definition Rittner's¹⁾ handelt es sich bei Ausschließlichkeitsbindungen um rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, durch die jemand gezwungen wird, bestimmte Rechtsgeschäfte oder einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften nur mit seinem Vertragspartner vorzunehmen. Diese Definition ist jedoch zu abstrakt, um sich ein Bild von den Erscheinungsformen der Ausschließlichkeitsbindungen machen zu können. Das kann nur durch eine Reihe von Beispielen erfolgen.²⁾

Brauereien verpflichten die von ihnen belieferten Gastwirte, Bier und alkoholfreie Getränke nur von ihnen zu beziehen.³⁾

Automobilfabriken verlangen von ihren Händlern, ihren Bedarf an Ersatzteilen und Zubehör ausschließlich bei ihnen

1) RITTNER, Fritz: Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, WuW-Schriftenreihe Heft 4, Düsseldorf 1957, S. 13.

2) Dazu allgemein BIEDENKOPF, Kurt: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel. Heidelberg 1958, S. 17 ff; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: Ausschließlichkeitsverträge, Koppelungsverträge und offene Märkte in: JZ 1954, S. 621.

3) BGH NJW 1952, S. 344; BGHZ 5, 71; ZIPFEL, Walter: Kartellrechtliche Beurteilung von Bierlieferungsverträgen in: BB 1958, S. 1004.

zu decken.¹⁾ Treibstoffgesellschaften erlegen Tankstelleninhabern die Verpflichtung auf, nur ihren Treibstoff zu führen.²⁾ Hersteller von Spezialmaschinen vermieten diese unter der Bedingung, daß das zum Betrieb erforderliche Material ausschließlich von ihnen bezogen wird.³⁾ Produzenten verpflichten ihre Abnehmer, nur ihre Erzeugnisse zu vertreiben.⁴⁾ Mitglieder einer Genossenschaft werden gebunden, ihren gesamten Bedarf an bestimmten Gütern nur bei dieser zu decken.⁵⁾

Diese Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Sie genügen aber, um zu zeigen, wie vielseitig Ausschließlichkeitsbindungen in der Praxis vorkommen.

Die vorliegende Arbeit befaßt sich jedoch nur mit einer bestimmten Gruppe, den Gebietsausschließlichkeiten. Dieser Begriff hat sich im Schrifttum noch nicht recht eingebürgert. Um ihn zu verstehen, muß zunächst ein anderer Begriff erörtert werden, und zwar der der Vertriebsbindung.

2. Unter einer Vertriebsbindung versteht man eine rechtsgeschäftliche Beschränkung, die der Hersteller einer Ware dem Abnehmer bezüglich der Weiterlieferung auferlegt. Beispiel: Der Abnehmer, ein Großhändler, verpflichtet sich, die Waren nur an den Fachhandel weiterzuliefern. Schließt

1) MÖHRING, Philipp: Ersatzteile- und Zubehörhandel durch die Automobilindustrie in: WuW 1953, S. 537; Gutachten des Bundeswirtschaftsministeriums in: WuW 1951, S. 135; BGH GRUR 1963, S. 142.

2) OLG Celle MDR 1953, S. 619; EWALD, Heinz: Zu Ausschließlichkeitsverträgen der Treibstoffgesellschaften über Selbstverbraucheranlagen in: BB 1951, S. 43; ders.: Die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellenvertrag - Kartellrechtliche Bedenken? in: BB 1953, S. 307; JACOBSON, Hans: Die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellenvertrag in: BB 1953, S. 609.

3) BGH WuW 1956, S. 430.

4) RITTNER, Fritz a.a.O., S. 141 ff; RASCH, Harold: Ausschließlichkeitsbindungen im Handelsvertreterrecht in: WuW 1958, S. 208; BIRKHAHN, Raimund: Die Ausschließlichkeitsklausel in Handelsvertreterverträgen, Diss., Hamburg 1961; LEO, Hans-Christoph: Das Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter in: BB 1962, S. 1106 mit Erwiderung von BIRKHAHN.

5) RITTNER, Fritz a.a.O., S. 162.

man sich der Definition Rittner's an, so lassen sich die Vertriebsbindungen klar von den Ausschließlichkeitsbindungen trennen; denn der Abnehmer wird hier in keiner Weise verpflichtet, bestimmte Rechtsgeschäfte nur mit seinem Vertragspartner abzuschließen.¹⁾ Auch das deutsche GWB trennt beide Begriffe voneinander. § 18 GWB unterscheidet zwischen Verträgen, die einen Vertragsbeteiligten darin beschränken, die gelieferten Waren an Dritte abzugeben (Ziffer 3: Vertriebsbindungen) und solchen, die ihn darin beschränken, andere Waren von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben (Ziffer 2: Ausschließlichkeitsbindungen).²⁾

3. Ob eine solche scharfe Trennung zweckmäßig ist, erscheint zweifelhaft. Immerhin ist das trennende Merkmal, das von der herrschenden Meinung betont wird, nicht von allzu großem Gewicht. Es besteht nur darin, daß es sich bei Vertriebsbindungen um Beschränkungen bezüglich der gelieferten Waren handelt, während derartige Bindungen hinsichtlich anderer Waren unter den Begriff der Ausschließlichkeitsbindung fallen. Die nahe Verwandtschaft beider Begriffe wird auch von der herrschenden Meinung nicht geleugnet, zumal in der Praxis beide Erscheinungsformen häufig miteinander kombiniert werden.³⁾ Sölter⁴⁾ geht noch einen Schritt weiter und faßt die Vertriebsbindungen als eine besondere Form der Ausschließlichkeitsbindungen auf.

Auf jeden Fall kann man als Ergebnis feststellen: Selbst wenn man eine klare Grenze zwischen Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen zieht, so sind beide doch eng mit-

1) RITTNER, Fritz a.a.O., S. 48.

2) so auch das Schrifttum: SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963, § 18 Anm. 17; BAUMBACH/HEFERMEHL: Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München, Berlin 1960, § 18 GWB Anm. 6, 8; MÜLLER/GRIES: Kommentar zum GWB, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1966, § 18 Anm. 5, 9.

3) SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. § 18 Anm. 18; RITTNER, Fritz a.a.O., S. 48.

4) SÖLTER, Arno: Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt, Kartellrundschau Heft 4, Köln, Berlin, Bonn, München 1962, S. 10.

einander verwandt. Es ist daher gerechtfertigt, unter einem bestimmten Gesichtspunkt aus jedem Bereich eine besondere Erscheinungsform auszuklammern und sie einheitlich zu untersuchen. Die hier als Gebietsausschließlichkeiten bezeichneten Bindungen sollen diese Aufgabe erfüllen. Es handelt sich dabei um rechtsgeschäftliche Beschränkungen, durch die sich jemand verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet gar nicht oder nur mit seinem Vertragspartner wirtschaftlich tätig zu werden.

4. Von den Vereinbarungen, die unter diese Definition fallen können, scheidet jedoch eine weitere Gruppe für die vorliegende Arbeit aus. Dazu ein Beispiel: Drei große Chemiekonzerne teilen den Weltmarkt dergestalt untereinander auf, daß jedem ein Teil als ausschließliches Absatzgebiet zugewiesen wird. Keines der beteiligten Unternehmen darf außerhalb dieses Gebietes tätig werden.
Ein solcher Vertrag beinhaltet zwar eine Gebietsausschließlichkeit im Sinne der obigen Definition. Dennoch besteht zu den eingangs angeführten Beispielen von Ausschließlichkeitsbindungen ein bedeutsamer Unterschied. Die Vertragspartner stehen nämlich auf derselben Wirtschaftsstufe, der des Produzenten. Durch die Vereinbarung wird der unter ihnen bestehende Wettbewerb ausgeschaltet. Der Vertrag stellt also eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung dar. Behandelt werden jedoch nur solche Beschränkungen, die zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen vereinbart werden. Man bezeichnet sie als vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Da es sich dabei um Vereinbarungen handelt, die zwischen Produzenten und Händlern geschlossen werden und den Vertrieb von Waren betreffen, kann man sie als Gebietsausschließlichkeiten im Vertrieb bezeichnen.

II. Arten der Gebietsausschließlichkeiten.

1. Die Einteilung der Gebietsausschließlichkeiten ist unter mehreren Gesichtspunkten möglich. Am zweckmäßigsten ist

es, von dem gegenständlichen Inhalt der Bindung auszugehen. Das einfachste Beispiel ist folgendes: Der Hersteller einer Ware schließt mit einem Großabnehmer einen Vertrag, in dem er sich verpflichtet, in einem dem Abnehmer übertragenen Bezirk keinen anderen Händler zu beliefern, ihm also für dieses Gebiet ein Alleinweiterverkaufsrecht bzw. Alleinvertriebsrecht einzuräumen.¹⁾ Es handelt sich dabei um eine echte Ausschließlichkeitsbindung im Sinne der engen Definition Rittner's;²⁾ denn der Hersteller darf bestimmte Rechtsgeschäfte nur mit seinem Vertragspartner vornehmen. Da diese Verpflichtung territorial begrenzt ist, handelt es sich um eine Gebietsausschließlichkeit im oben definierten Sinn.³⁾

Hält der Produzent diese Verpflichtung ein, so kann kein anderer Händler in dem Gebiet die Waren direkt von ihm beziehen. Er kann sie aber bei anderen Händlern kaufen und dann in dem Vertragsgebiet weiterverkaufen. Auf diese Weise würde das Ziel der Vertragsparteien, dem Händler den Alleinvertrieb zu geben, umgangen. Davor können sie sich schützen, indem sich der Produzent verpflichtet, allen anderen Händlern die Weiterlieferung in das betreffende Gebiet zu untersagen. Diese weitergehende Verpflichtung des Produzenten bezeichnet man als absoluten Gebietsschutz.

Als Gegenstück zu dieser Bindung ist die Verpflichtung des Abnehmers anzusehen, die ihm gelieferten Waren nur in einem bestimmten Gebiet zu vertreiben. Hier wird also der Nachfragende gebunden. Da es sich um eine Beschränkung hinsichtlich der gelieferten Waren handelt, liegt nach der vorherrschenden Terminologie eine Vertriebsbindung vor. An diesem Beispiel wird aber deutlich, wie verwandt sie mit Ausschließlichkeitsbindungen sind und daß es sinnvoll

1) SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. § 18 Anm. 18; SÜLTER, Arno a.a.O., S. 11. Gelegentlich werden auch die Ausdrücke "Alleinvertretungsvertrag" oder "Alleinhandelsvertrag" verwendet. Ein sachlicher Unterschied wird damit nicht gemacht.

2) s.o. S. 32

3) s.o. S. 35

ist, unter dem Aspekt der Gebietsausschließlichkeit beide Erscheinungen zusammen zu behandeln.

Noch klarer zeigt es sich daran, daß beide Arten der Bindung in der Praxis sehr häufig miteinander verbunden werden. In diesem Fall binden sich also beide Seiten. Der Hersteller räumt dem Abnehmer für ein Gebiet ein Alleinvertriebsrecht ein, dieser verpflichtet sich, die Waren nur in dem Gebiet zu vertreiben. Darüber hinaus verpflichtet sich der Abnehmer häufig, keine Waren zu vertreiben, die mit den Erzeugnissen des Produzenten in Wettbewerb stehen. Diese Konkurrenzverbote werden jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt, da es sich nicht um Gebietsausschließlichkeiten handelt.¹⁾

2. Neben der Einteilung der Gebietsausschließlichkeiten nach ihrem gegenständlichen Inhalt ist die nach dem territorialen Geltungsbereich wichtig. Dabei ist von dem Fall auszugehen, daß der Hersteller lediglich seinen Absatz im Inland mittels Ausschließlichkeitsbindungen geregelt hat, weil er entweder kaum exportiert oder eine Regelung des Exports aus anderen Gründen uninteressant ist. Die Aufteilung in Absatzgebiete ist hierbei beliebig möglich. Sie können beispielsweise mit den Grenzen der Bundesländer in der BRD oder der Provinzen in Frankreich übereinstimmen. Es können aber auch völlig neue, selbständige Grenzen gezogen werden.

Im Hinblick auf den Hauptgegenstand des Themas, nämlich die Behandlung der Gebietsausschließlichkeiten nach dem EWG-Vertrag, ist es einleuchtend, daß sie ihre größte Bedeutung erlangen, wenn sie den Export betreffen. Beispiel: Ein deutscher Produzent gibt einem französischen Händler den Alleinvertrieb der Waren für Frankreich. Der Händler verpflichtet sich, nicht in andere Staaten zu exportieren. In solchen Fällen sind die Grenzen der

1) Vgl. zu dieser Problematik vor allem RITTNER, Fritz a.a.O., S. 141 ff.

Absatzgebiete meistens mit den Staatsgrenzen identisch. Das Exportverbot wird häufig durch die Verpflichtung ergänzt, die Waren auch nicht wieder in das Ursprungsland zurückzuliefern. Diese Verpflichtung bezeichnet man als Re-Importverbot.

3. Schließlich muß eine Einteilung der Gebietsausschließlichkeiten danach vorgenommen werden, in welchem Verhältnis der Vertreibende zu dem Hersteller steht. Zunächst kann es sich um ein Angestelltenverhältnis handeln, aufgrund dessen der Händler tätig wird. Dabei liegt aber keine echte Ausschließlichkeitsbindung vor, da die Bindung nicht Gegenstand eines besonderen Vertrages, sondern Ausfluß der Weisungsgebundenheit des abhängigen Angestellten ist. Nur wenn zwei selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmende natürliche oder juristische Personen ihre Beziehungen zueinander mittels Ausschließlichkeitsbindungen regeln, bedarf es einer besonderen Prüfung.

Ein selbständiger Gewerbetreibender kann auf verschiedene Weise damit betraut sein, die Waren eines anderen zu vertreiben. Der erste Fall ist der des Handelsvertreters, und zwar speziell des Abschlußvertreters. Seine Tätigkeit ist dadurch typisiert, daß er die Geschäfte im Namen des anderen Unternehmens abschließt.

Von ihm unterscheidet sich der Kommissionär dadurch, daß er im eigenen Namen, aber auch für Rechnung des Produzenten tätig wird.

Ein dritter Typ ist im deutschen Gesetz nicht geregelt, aber seit langem allgemein anerkannt. Er steht in der Mitte zwischen dem Handelsvertreter und dem Kommissionär. Vom ersteren unterscheidet er sich dadurch, daß er im eigenen Namen Geschäfte abschließt, vom letzteren dadurch, daß er ständig und nicht nur gelegentlich mit der Vornahme von Geschäften betraut ist. Für ihn hat sich die Bezeich-

nung Kommissionsagent eingebürgert.¹⁾

Von diesem wiederum ist der Händler zu unterscheiden, der nicht nur im eigenen Namen, sondern auch für eigene Rechnung handelt. Er wird in der Literatur allgemein als Eigenhändler bezeichnet.²⁾

III. Motive für den Abschluß von Gebietsausschließlichkeiten.

Um die rechtliche Problematik der Gebietsausschließlichkeiten zu verstehen, ist es notwendig, sich klarzumachen, aus welchen Motiven derartige Verträge abgeschlossen werden; denn da sie eine erhebliche Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bewirken, müssen sich die Parteien bedeutende Vorteile davon versprechen.³⁾

Zur Klärung der Motive soll von einem Alleinvertriebsvertrag mit einem Eigenhändler ausgegangen werden. Ein deutscher Produzent gibt einem französischen Großhändler den Alleinvertrieb für Frankreich, der Händler verpflichtet sich, nicht in Länder außerhalb Frankreichs weiterzuexportieren.

Ein solcher Vertrag hat zunächst für den Produzenten erhebliche Vorteile. Er verkauft seine sämtlichen für den Export nach Frankreich bestimmten Waren an einen einzigen Händler. Der Weiterverkauf erfolgt für Rechnung des Händlers. Der Produzent braucht also in Frankreich kein eigenes Vertriebsnetz aufzubauen. Die Erschließung des ausländischen Marktes, die für einen Ausländer mit großen

1) BAUMBACH/DUDEN: HGB, 15. Aufl., München, Berlin 1962, § 84 Anm. 3 F; SCHLEGELBERGER/SCHRÖDER: HGB, 4. Aufl., 1. Band, Berlin, Frankfurt/M. 1960, § 84 Anm. 20; RITTNER, Fritz a.a.O., S. 142.

2) BAUMBACH/DUDEN a.a.O., § 84 Anm. 36; SÖLTER, Arno a.a.O., S. 67; SCHLEGELBERGER/SCHRÖDER a.a.O., § 84 Anm. 20 a;

Einzelheiten zur Abgrenzung unten S. 129 f.

3) Vgl. zum folgenden vor allem: SÖLTER, Arno a.a.O., S. 21; RITTNER, Fritz a.a.O., S. 24 ff; DÜESBERG, Peter: Wirtschaftliche Analyse der zweiseitigen Alleinvertriebsverträge in: WuW 1966, S. 463 ff; SCHLUEP, Walter R.: Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der EWG-Kartellpolitik. Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Band 1, Bern 1966, S. 15 ff.

Schwierigkeiten in wirtschaftlicher, rechtlicher, sprachlicher und psychologischer Hinsicht verbunden ist, erfolgt durch einen einheimischen Händler, der mit den Gegebenheiten vertraut ist. Die Vorteile zeigen sich besonders deutlich, wenn der Produzent in dem betreffenden Land noch nicht bekannt ist. Hier wäre das Eindringen in den Markt häufig unmöglich, wenn sich der Produzent nicht eines bekannten Händlers bedienen könnte. Ferner kann der Produzent die Kosten für Werbung, Marktbeobachtung, Garantie- und Kundendienst auf den Händler abwälzen.

Das sind im wesentlichen die Gründe, aus denen der Produzent seinen Vertrieb überhaupt durch Eigenhändler besorgen läßt. Warum beliefert er aber nur einen einzigen Händler? Der Vorteil besteht einmal darin, daß dies die Geschäftsbeziehungen übersichtlicher macht. Der Produzent, der seine Ware an nur einen Händler verkauft, kann naturgemäß seinen Absatz leichter vorausberechnen, als wenn er mit zahlreichen Abnehmern zu tun hätte. Das erleichtert eine genaue Kalkulation.

Das Alleinvertriebssystem bewirkt, daß in jedem Staat nur ein Händler die Erzeugnisse verkauft. Der Händler hat keine Konkurrenten mit den gleichen Erzeugnissen zu fürchten. Der Produzent verhindert so Preiskämpfe und gewährleistet eine gründliche Erschließung aller Märkte. Da jeder Abnehmer nur in einem Land tätig sein darf, wird er diesen Markt intensiv bearbeiten.

Ein weiterer Vorteil: Viele Waren, besonders technisch komplizierte Erzeugnisse, erfordern sachgemäße Wartung, eine umfangreiche Ersatzteillagerhaltung und fachmännische Reparaturen. Würden die Waren durch zahlreiche Händler verkauft, so bestände die Gefahr, daß durch sachunkundige Händler der Ruf der Waren leiden könnte. Die Bestellung eines Alleinvertriebsberechtigten ermöglicht dem Produzenten, einen Händler auszuwählen, der die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten hat.

Zum Abschluß von Exportverboten wird der Produzent häufig auch aus einem anderen Grund veranlaßt. Es besteht nämlich in manchen Fällen die Gefahr, daß der Produzent bei einem Export mit ausländischen gewerblichen Schutzrechten in Konflikt käme. Um das zu verhindern, untersagt er seinen Händlern den Export.

Speziell die Re-Importverbote haben häufig noch einen anderen Grund. Angenommen, ein deutscher Produzent vereinbart mit seinen Abnehmern in Deutschland vertikale Preisbindungen. Das ist bei Markenartikeln gemäß § 16 GWB unter gewissen Voraussetzungen zulässig, allerdings nach der Rechtsprechung nur, wenn die Preisbindung lückenlos durchgeführt wird.¹⁾ Gestattet der Produzent den Export ohne Preisbindungen, so besteht die Gefahr, daß durch Re-Importe die inländische Preisbindung durchlöchert und damit unzulässig wird.

Auch für den Händler bringt der Alleinvertriebsvertrag zahlreiche Vorteile. Er hat in seinem Land keine Konkurrenten mit den gleichen Erzeugnissen zu fürchten und ist so vor Preiskämpfen geschützt. Er hat die Gewißheit, daß die Vorteile des von ihm erschlossenen Marktes auch nur ihm zugute kommen und nicht Außenseiter die besten Geschäfte an sich ziehen. Sein Umsatz steigt und damit seine Gewinne und regelmäßig auch der vom Produzenten gewährte Mengenrabatt. Das Alleinvertriebssystem bringt also für beide Parteien erhebliche Vorteile.

IV. Motive für die Bekämpfung von Gebietsausschließlichkeiten.

Würde sich die Wirkung von Alleinvertriebsverträgen in den oben geschilderten Folgen für die Vertragsparteien erschöpfen, so wäre unverständlich, warum zahlreiche Staaten eine besondere gesetzliche Regelung zur Erfassung

1) Vgl. statt aller BGH NJW 1964, S. 152.

derartiger Verträge getroffen haben. Die Besonderheit solcher Verträge besteht aber darin, daß sie oft einschneidende Folgen für unbeteiligte Dritte haben.

So ist es z.B. den Konkurrenten des Alleinvertriebsberechtigten unmöglich, mit dem Produzenten Rechtsgeschäfte abzuschließen. Sie werden also in ihrer Vertragsfreiheit, und zwar der Abschlußfreiheit, beschränkt. Damit nimmt der Vertrag die Gestalt eines in unserer Rechtsordnung nicht vorgesehenen Vertrages zu Lasten Dritter an.

Aber nicht nur einzelne Gewerbetreibende werden durch die Verträge berührt. Sie sind darüber hinaus geeignet, den gesamten Wettbewerb auf dem betreffenden Markt zu verändern oder sogar auszuschalten. Ohne den Alleinvertriebsvertrag könnte jeder Händler die Waren vom Produzenten beziehen und weiterverkaufen. Auf der Händlerebene fände ein echter Wettbewerb statt. Das verhindert der Vertrag. Wenn in einem Staat eine Ware nur von einem Händler verkauft wird, so kann er die Preise frei bestimmen, weil die Kunden hinsichtlich dieser Ware keine Ausweichmöglichkeiten haben. Die Preise entwickeln sich nicht mehr natürlich nach den Grundsätzen von Angebot und Nachfrage, sondern künstlich. Damit können sie die ihnen zufallende Lenkungsaufgabe nicht mehr erfüllen, und das marktwirtschaftliche System wird in seinem Funktionieren gestört.¹⁾

Schließlich können wettbewerbsbeschränkende Verträge zu einer politischen Gefahr werden. Sie fördern die Zusammen-

1) Vgl. dazu RITTNER, Fritz a.a.O., S. 17 ff; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 621; BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 23 ff. Einen allgemeinen Überblick über die Gefahren wettbewerbsbeschränkender Verträge geben ferner: BÖHM, Franz: Reden und Schriften, Karlsruhe 1960, insbes.: Das Problem der privaten Macht, S. 25 ff und: Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, S. 46 ff; ders.: Demokratie und ökonomische Macht in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, Karlsruhe 1961, S. 3 ff; MÜLLER-HENNEBERG, Hans in Gem.Komm. Einf. IV, V mit zahlreichen Hinweisen.

ballung wirtschaftlicher Macht und schaffen damit für die Beteiligten die Möglichkeit, Einfluß auf die Gesetzgebung und die Entscheidungen der Politiker zu nehmen, ohne daß es die Öffentlichkeit bemerkt.¹⁾

Die Ausführungen haben gezeigt, daß wettbewerbsbeschränkende Verträge sowohl positive als auch negative Wirkungen haben können. Der Gesetzgeber kann sie daher nicht generell erlauben bzw. verbieten. Er muß vielmehr eine Regelung treffen, die die Grundsätze der Privatinitiative und Vertragsfreiheit beachtet und zugleich die Interessen Dritter hinreichend schützt. Aus diesem Konflikt heraus ist die historische Entwicklung der Gesetzgebung und Rechtsprechung bezüglich wettbewerbsbeschränkender Verträge zu verstehen.

1) Mit diesen Gefahren hat sich vor allem BÖHM, Franz auseinandergesetzt, so in Kartelle und Monopole S. 14.

2. Kapitel: Die Behandlung der Gebietsausschließlichkeiten im französischen Recht.

I. Die historische Entwicklung.

1. Gerade in Frankreich galten die Freiheit des Handels und die Herrschaft der Vertragsfreiheit lange Zeit als nahezu unantastbare Grundsätze der Rechtsordnung. Schon 1791 war die Handels- und Berufsfreiheit gesetzlich verankert.¹⁾ Entsprechend bestimmte Art. 1134 Code Civil, daß die wirksam geschlossenen Verträge den Vorrang vor dem Gesetz haben.²⁾ Eine Einschränkung dieser Grundsätze kam allenfalls vorübergehend in Not- und Kriegszeiten in Betracht. Davon abgesehen, bot nur das Strafgesetzbuch (Code Pénal) eine Möglichkeit, in das Wirtschaftsleben einzugreifen. Es enthält in den Art. 419 und 420 der heute geltenden Fassung vom 3.12.1926 Tatbestände, die künstliche Preiserhöhungen mittels betrügerischer Manipulationen unter Strafe stellen. Da die Bestimmungen für die hier zu behandelnden Verträge ohne Bedeutung sind, wird auf eine nähere Darstellung verzichtet.³⁾
Die erste dauerhafte gesetzliche Maßnahme gegen die Freiheit des Handels stellt eine Verordnung (décret) von 1934 dar.⁴⁾ Sie untersagte es, neue Transportunternehmen zu gründen. In der folgenden Zeit entstanden Verordnungen, die es der Regierung ermöglichten, die Preise zu überwachen.

1) Hierzu und zum folgenden CASEL, Jean: Refus de vente, clauses d'exclusivité, contrat de concession, Paris 1960, S. 13 ff; COSNARD, H.D.: Le refus de vente in: Revue trim. de Droit Comm. 1962, S. 187; SENNEWALD, Helmut: Kartelle und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in Frankreich, Karlsruhe 1964, S. 8 ff.

2) Art. 1134 Code Civil: "Les conventions légalement formées entre les parties tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites..."

3) ausführlich hierzu PLAISANT/LASSIER: Die Trusts und Wirtschaftsverbände im französischen Recht in: JAHN/JUNCKERSTORFF: Internationales Handbuch der Kartellpolitik Berlin 1958, S. 183 ff; BAUDOUIN-BUGNET, Pierre: Der französische Kartellgesetzentwurf und die Strafvorschriften des Code Pénal in: WuW 1952, S. 783.

4) CASEL, Jean a.a.O., S. 15

Den vorläufigen Höhepunkt brachten Verordnungen von 1940 und 1943, die unter der Bezeichnung "La Charte des Prix" bekannt wurden. Sie enthielten bereits umfängliche Möglichkeiten, auf die Preisbildung Einfluß zu nehmen.

2. Die "Charte des Prix" wurde durch die VO 45-1483 vom 30.6.1945 abgelöst.¹⁾ Einige ihrer Bestimmungen wurden durch die VO 53-704 vom 9.8.1953 geändert. Zu ihrer Erläuterung erging am 15.2.1954 ein ministerielles Rundschreiben.²⁾

Die Regierung war zwar zum Erlass einer solchen Verordnung generell ermächtigt worden; die Ermächtigung umfaßte aber nicht das Recht, eine Strafvorschrift zu erlassen. Aus diesem Grund hob der Conseil d'Etat in einem Urteil vom 18.6.1958³⁾ den strafrechtlichen Teil der Verordnung auf. Die zivilrechtlichen Bestimmungen blieben dagegen in Kraft.⁴⁾

3. Schon eine Woche später, am 24.6.1958, erließ die Regierung eine neue VO (Nr. 58-545), die im wesentlichen die alte Fassung wiederholte.⁵⁾ Auch die Strafdrohungen wurden wieder aufgenommen. Da die Regierung schon vor Verkündung des Urteils ziemlich sicher gewesen war, daß die Verordnung aufgehoben werden würde, hatte sie sich vorsorglich bereits 1957 zum Erlass der neuen Verordnung einschließlich der Strafbestimmungen ermächtigen lassen. Dennoch wurde und wird auch die Verfassungsmäßigkeit der VO 58-545 angezweifelt.⁶⁾

1) abgedruckt in Dalloz 1945, S. 137 ff.

2) abgedruckt in WuW 1954, S. 478 ff.

3) Dalloz 1958, S. 656.

4) SAFFERLING, Joseph: Kartellrecht in Frankreich in: WuW 1962, S. 661.

5) abgedruckt in WuW 1959, S. 213 ff; Vergleich mit der VO von 1953 bei SAFFERLING, Joseph a.a.O., S. 666.

6) Vgl. dazu: Cour de cass., 13.7.1961 ("Olibet"), Rapport de M. Costa, Dalloz 1961, S. 526 f; DELVOLVE, J.L.: Le refus de vente in: Dalloz 1960, S. 204; SAFFERLING, Joseph a.a.O., S. 662 ff. Hauptsächlich wird gegen die Gültigkeit vorgebracht, die Ermächtigung zu ihrem Erlass sei der Regierung Gaillard erteilt worden. 1958 hatte aber bereits de Gaulle die Regierung angetreten. Die Frage ist also, ob die Ermächtigung auch einer möglicherweise folgenden Regierung erteilt worden war.

Ganz überwiegend geht man aber von ihrer Wirksamkeit aus. Wie schon 1954, erließ auch dieses Mal (1960) das Wirtschaftsministerium ein Rundschreiben, das unter der Bezeichnung "Circulaire Fontanet" bekannt geworden ist.¹⁾ Beide Rundschreiben sind zwar zumindest für die Gerichte nicht verbindlich,²⁾ enthalten jedoch auch im Hinblick auf Ausschließlichkeitsbindungen interessante Ausführungen, auf die im einzelnen noch eingegangen wird. Schließlich muß noch ein Gesetz von 1943 genannt werden, das sich mit Ausschließlichkeitsbindungen befaßt.³⁾

II. Die gegenwärtige Rechtslage.

Für den heutigen Rechtszustand bezüglich Ausschließlichkeitsbindungen sind also an Sondergesetzen zu beachten: die VO 45-1483 vom 30.6.1945 in der Fassung der VO 58-545 vom 24.6.1958 sowie das Gesetz betreffend Ausschließlichkeitsbindungen aus dem Jahre 1943.

1. Abschnitt:

Das Gesetz von 1943 ist von geringer praktischer Bedeutung. Es betrifft Ausschließlichkeitsbindungen, in denen sich der Käufer, Mieter oder sonstiger Benutzer einer Ware verpflichtet, keine ähnlichen Artikel von einem anderen Händler zu beziehen. Solche Bindungen werden nicht verboten, sondern es wird lediglich ihre Gültigkeit auf maximal 10 Jahre begrenzt.⁴⁾ Den speziellen Fall der Gebietsaus-

1) bei CASEL, Jean a.a.O., S. 143 ff; die im folgenden zu dem Rundschreiben angegebenen Seitenzahlen sind solche des Buches von CASEL; vgl. auch PLAISANT a.a.O., S. 12 ff.

2) PLAISANT/LASSIER: Die neuere kartellrechtliche Entwicklung in Frankreich in: WuW 1960, S. 429; RYZIGER, Paul-François: Contrat d'exclusivité et refus de vente in: Gaz. Pal. 1961 II, Doctrine S. 20; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 151

3) Loi du 14 octobre 1943 relative à la clause d'exclusivité, abgedruckt bei CASEL, Jean a.a.O., S. 165.

4) Art. 1^{er}: Est limitée à dix ans la durée maxima de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur.

schließlichkeit betrifft das Gesetz nicht.

2. Abschnitt:

Erheblich wichtiger ist die Regelung der VO vom 30.6.1945. Bei einer ersten Betrachtung ist man geneigt, Art. 59 bis¹⁾ als zentrale Bestimmung für Wettbewerbsbeschränkungen jeder Art anzusehen. Er enthält ein in der Formulierung sehr weitgehendes Verbot von abgestimmten Handlungen, Vereinbarungen usw., die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken können, indem sie die Preise künstlich in die Höhe treiben.²⁾ Von diesem Verbot sind in Art. 59^{ter} Ausnahmen enthalten.

Nach ihrem Wortlaut müßte die Bestimmung auch auf vertikale Vereinbarungen Anwendung finden. Aus dem Zusammenhang des Gesetzes ergibt sich aber das Gegenteil. Das französische Kartellrecht unterscheidet scharf zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen. Die letzteren sind in Art. 37 geregelt. Der dort enthaltene Katalog von Beschränkungen zeigt, daß vertikale Vereinbarungen eine abschließende Regelung erfahren haben und für eine gleichzeitige Anwendung des Art. 59 kein Platz ist. Das Ergebnis wird auch dadurch bestätigt, daß Art. 37 anders als Art. 59 keine Ausnahmeregelung enthält. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen sollen also nach dem Willen des Gesetzgebers strenger behandelt werden als horizontale. Art. 59^{bis} und 59^{ter} sind somit auf Gebietsausschließlichkeiten der hier behandelten Art nicht anwendbar.³⁾

1) Die im folgen en zitierten Art. sind solche der VO 45-1483 in der Fassung der VO 58-545.

2) Der französische Originaltext ist abgedruckt bei SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 188.

3) Cour d'appel von Amiens, 9.5.1963, Dalloz S. 559; GUYENOT, Jean: Les conventions d'exclusivité de vente in: Revue trim. de Droit Comm. 1963, S. 526; MEZGER, Ernst: Das Verbot von vertikalen Bindungen, Diskriminierungen und Lieferverweigerungen und seine Wirkung auf Exklusivverträge in Frankreich in: AWD BB 1962, S. 219; SENNEWALD, Helmut a.a.O. S. 159; RYZIGER, Paul-François: Le contrat de concession exclusive de vente, face au délit de refus de vente et à la réglementation sur les restrictions à la concurrence dans le Marché Commun in: Gaz.Pal. 1963 I, Doctrine S. 15.

3. Abschnitt:

Betrachtet man Art. 37, so fällt auf, daß dort von Ausschließlichkeitsbindungen nicht die Rede ist. Dennoch ist die Vorschrift hierfür von entscheidender Bedeutung. Sie knüpft nämlich an das Verbot illegaler Preise an und stellt diesen in Art. 37 Nr. 1 a den Fall der Verkaufsverweigerung gleich. Die deutsche Übersetzung lautet etwa:¹⁾

"Der Praxis unerlaubter Preise wird der Umstand gleichgestellt,

1) daß ein Erzeuger, Kaufmann, Industrieller oder Handwerker

a) sich weigert, nach Maßgabe seiner Verfügungsmöglichkeit und zu handelsüblichen Bedingungen die Bestellungen von Warenkäufern oder von Dienstleistungen zu erfüllen, wenn die Bestellungen keinen ungewöhnlichen Charakter zeigen, von gutgläubigen Bestellern ausgehen und der Warenverkauf oder die Dienstleistung weder gesetzlich noch durch eine Regelung der öffentlichen Behörden verboten ist..²⁾ 3)

Ein Verstoß gegen dieses Verbot kann nach der VO 45-1484 über die Feststellung, Verfolgung und Bestrafung der Zuwiderhandlungen gegen die Wirtschaftsgesetzgebung⁴⁾ mit Gefängnis

1) nach HOLL, Heinz-Norbert: Vertragsfreiheit und "refus de vente" in: WRP 1962, S. 157.

2) "Est assimilé à la pratique des prix illicites le fait:

1) Par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan:
a) de refuser de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestation de services, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi et que la vente de produits ou la prestation de services n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique..."

3) Vgl. zur Verkaufsverweigerung allgemein die umfassenden Untersuchungen von BELKE, Rolf: Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1966.

4) Diese VO, die ebenfalls am 30.6.1945 erlassen wurde, ist abgedruckt bei SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 190 ff.

bis zu 5 Jahren und Geldstrafen bis zu 3.000.000 NF geahndet werden.¹⁾

1. Schließt ein Produzent eine Gebietsausschließlichkeit ab, so muß er, will er nicht vertragsbrüchig werden, gewissen Personen die Belieferung verweigern. Da also Verkaufsverweigerungen die notwendige Folge von Ausschließlichkeitsbindungen sind, ergibt sich das Problem, ob nicht schon der Abschluß der Bindungen selbst verboten ist. Die Frage ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.

2. Das ministerielle Rundschreiben vom 15.2.1954²⁾ war der Ansicht, daß Ausschließlichkeitsbindungen nach Art. 37 Nr. 1 a der VO 45-1483 in der damals geltenden Fassung der VO 53-704 nicht generell verboten seien. Voraussetzung sei aber, daß sie die Befriedigung der Verbrauchernachfrage wirksam verbesserten und nicht zur Schaffung bzw. Aufrechterhaltung überhöhter Preise führten. Besonders solche Ausschließlichkeitsbindungen seien nicht verboten, in denen der Hersteller seine gesamte Produktion einem anderen Unternehmen vorbehalte oder seinen ganzen Betrieb durch ein Netz ausschließlicher Konzessionäre regle. Die Verträge seien dann nicht anormal, wenn sie für beide Parteien genau bestimmte Pflichten enthielten, wobei z.B. auf Seiten des Händlers Reparaturpflichten, das Führen von Ersatzteillagern oder Konkurrenzverbote vereinbart werden könnten.

Dieses Rundschreiben stand im Ganzen den Ausschließlichkeitsbindungen noch recht positiv gegenüber. Der Grund ist wohl darin zu sehen, daß derartige Bindungen in der damaligen Zeit nur wenig verbreitet waren.³⁾ Das änderte sich aber in den nächsten Jahren, so daß sich die Strafgerichte mit einer ganzen Reihe von Prozessen dieser Art befassen mußten.⁴⁾ Dabei bildeten sich, wie auch im Schrifttum, verschiedene Ansichten.

1) Vgl. MEZGER, Ernst a.a.O., S. 217.

2) a.a.O., WuW 1954, S. 478 ff; vgl. dazu PLAISANT, R. a.a.O., S. 11.

3) SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 150.

4) SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 151 Fußn. 525.

3. Einen extremen Standpunkt nahm die Cour d'appel von Paris in einem Urteil vom 7.2.1961 ein.¹⁾ Die in diesem Verfahren interessierenden Ausschließlichkeitsbindungen waren aber von besonderer Art. Der Hersteller war nicht verpflichtet, in einem Gebiet nur einen bestimmten Händler zu beliefern, sondern es gab eine große Anzahl sog. "Alleinkonzessionäre", in Paris allein 45. Auch für die Händler bestand weder ein Konkurrenzverbot noch eine Gebietsausschließlichkeit, lediglich eine Reihe anderer Verpflichtungen. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, eine Verkaufsverweigerung könne in keinem Fall durch Ausschließlichkeitsbindungen gerechtfertigt sein. Eine Berücksichtigung eventueller wirtschaftlicher Vorteile sei ausgeschlossen, da Art. 37 Nr. 1 a keine Ausnahmen von dem Verbot zulasse.²⁾

Die ganz überwiegende Rechtsprechung und das Schrifttum teilen diesen extremen Standpunkt nicht. Sie gehen vielmehr von der Überlegung aus, daß Ausschließlichkeitsbindungen in vielen Fällen durchaus nützlich sind und auch für den Verbraucher Vorteile mit sich bringen können. Man sucht daher eine Möglichkeit, auch im Rahmen des Art. 37 Nr. 1 a eine Differenzierung zwischen "guten" und "schlechten" Wettbewerbsbeschränkungen vornehmen zu können. Dabei hat man verschiedene Wege vorgeschlagen, um diese Ansicht mit dem Wortlaut der Vorschrift in Einklang zu bringen.

So wird die Meinung vertreten, der Abschluß von Ausschließlichkeitsbindungen habe sich zu einem echten Handelsbrauch entwickelt. Daher könne jemand, der in dieser Weise gebunden sei, einem Dritten den Verkauf mit der Begründung verweigern, sein Angebot entspreche nicht den Handels-

1) WuW 1962, S. 138 = Dalloz 1961, S. 175. Das Urteil (Strafsache "Brandt") wurde am 11.7.1962 von der Cour de cass. aufgehoben und an die Cour d'appel von Amiens verwiesen; vgl. dazu unten S. 53 sowie PLAISANT, R. a.a.O., S.15.

2) Besprechungen des Urteils bei: GUYENOT, Jean a.a.O., S. 530; COSNARD, H.-D.: Concession exclusive et refus de vente in: Dalloz 1962, S. 238; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 152 ff; BELKE, Rolf a.a.O., S. 238 ff.

bräuchen.¹⁾ Dies Argument muß jedoch aus verschiedenen Gründen Bedenken erwecken.

Einmal ist der Satzbau des Art. 37 Nr. 1 a nicht ganz klar. Überwiegend interpretiert man ihn aber wie folgt: Der Passus "entsprechend den Handelsbräuchen" beziehe sich nur auf die Befriedigung der Nachfrage. Der Hersteller sei nicht nur verpflichtet, überhaupt zu verkaufen, sondern darüber hinaus, den Handelsbräuchen entsprechend zu liefern. Es stelle also ein Delikt dar, wenn er nicht in dieser Weise verkaufe. Nach der Ansicht kann also das Bestehen eines Handelsbrauchs nie zur Rechtfertigung der Verkaufsverweigerung dienen.²⁾

Vor allem aber ist sehr zweifelhaft, ob man Ausschließlichkeitsbindungen überhaupt als Handelsbrauch bezeichnen kann. Die Tatsache allein, daß sie sehr verbreitet sind, genügt noch nicht. Ein echter Handelsbrauch ("usage commercial") liegt nur dann vor, wenn er auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung jedem entgegengehalten werden kann. Er stellt also materielles Recht dar. Davon zu unterscheiden sind Erscheinungen, die zwar weitgehend üblich sind, Verbindlichkeit aber nur kraft Vereinbarung erlangen. Zu den letzteren zählen die Ausschließlichkeitsbindungen schon deshalb, weil sie den Normalfall der freien Verfügung durchbrechen, und eine solche Ausnahme nicht ohne Vereinbarung gelten kann. Ausschließlichkeitsbindungen sind daher kein "usage commercial", sondern nur eine wirtschaftliche Praxis.³⁾

1) DELVOLVÉ, J.L. a.a.O., S. 208.

2) Circulaire Fontanet a.a.O., S. 150; Cour de cass., 13.7.1961 ("Olibet") in Dalloz 1961, S. 529. Bei COSNARD, H.-D. a.a.O., S. 240 und GUYENOT, Jean a.a.O., S. 532 f wird die Frage offengelassen, da es letzten Endes nicht darauf ankommt; ähnlich RYZIGER, Paul-François a.a.O., Gaz.Pal. 1961 II, Doctrine S. 21.

3) H.M. Zur Abgrenzung von den "usages commerciaux" werden Ausschließlichkeitsbindungen als "coutume" (RYZIGER, Paul-François a.a.O., S. 21), "habitude commerciale" (ders. a.a.O., Gaz.Pal. 1963 I, Doctrine S. 13) oder "pratique" (GUYENOT, Jean a.a.O., S. 533) bezeichnet; im Ergebnis ebenso COSNARD, H.-D. a.a.O., S. 240; vgl. noch HOLL, Heinz-Norbert a.a.O., S. 157 f.

In der Rechtsprechung wird im Gegensatz zu dieser herrschenden Meinung zuweilen die Ansicht vertreten, in bestimmten Fällen könnten Ausschließlichkeitsbindungen doch einen Handelsbrauch darstellen und damit eine Verkaufsverweigerung rechtfertigen. Voraussetzung sei aber, daß es sich um technisch hochentwickelte Waren oder solche von hoher Qualität handle.¹⁾

Diese Ansicht ist nicht überzeugend. Bei technisch und qualitätsmäßig hochstehenden Waren kann zwar der Abschluß von Ausschließlichkeitsbindungen in stärkerem Maße üblich sein als in anderen Branchen. Das genügt aber nicht, um sie als Handelsbrauch im oben dargelegten Sinne anzusehen. Es ist zwar einzuräumen, daß der Hersteller bei solchen Waren ein besonders großes Interesse daran hat, Einfluß auf den Vertrieb zu behalten, damit die Waren nicht durch unkundige Händler Schaden leiden. Diesem Interesse läßt sich aber auf andere Weise Rechnung tragen.²⁾ Wenn man Ausschließlichkeitsbindungen nicht als Handelsbrauch ansieht, dann muß das auch für alle Waren in gleicher Weise zutreffen.

Ein zweites Argument geht von der Tatsache aus, daß es sich bei den Waren, die mittels Ausschließlichkeitsbindungen vertrieben werden, gewöhnlich um Markenartikel handelt. Man versucht nun, die Berechtigung zur Lieferverweigerung seitens eines gebundenen Herstellers aus seinem Recht an der Marke herzuleiten. Diese Problematik führt so tief in das Marken- und Warenrechtenrecht, daß ihre Behandlung im Rahmen dieser Arbeit unmöglich ist. Es soll daher nur das Problem gezeigt werden.³⁾

1) Cour de cass. 11.7.1962 Dalloz 1962, S. 501; dagegen vor allem COSNARD, H.-D. a.a.O., S. 240 f; vgl. ferner MELLER, Ernst a.a.O., AWD BB 1962, S. 220; R. TIGER, Paul-François a.a.O., Gaz.Pal. 1963 I, Doctrine S. 14; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 156, 158, besonders Fußn. 556.

2) s.u. S. 53 ff.

3) Vgl. Cour de cass., 13.7.1961 ("Olibet"), Rapport de M. Costa in Dalloz 1961, S. 527 f; CASEL, Jean a.a.O., S. 111; GUYENOT, Jean a.a.O., S. 531 f; HOLL, Heinz-Norbert a.a.O., S. 158; MARKERT, Kurt a.a.O., WRP 1966, S. 96; RYDIGER, Paul-François a.a.O., Gaz.Pal. 1961, Doctrine S. 21.

Die stärkste Beachtung verdient eine dritte Lösungsmöglichkeit, die auch die meisten Anhänger gefunden hat. Sie unterfällt allerdings wieder in drei Theorien, die man wie folgt zusammenfassen kann: Hat sich der Produzent verpflichtet, seine gesamte Produktion bestimmten Abnehmern zu überlassen und macht ihm ein außenstehender Händler ein Angebot, so kann der Produzent es zurückweisen, weil

- a) die Ware für ihn nicht mehr verfügbar ist,¹⁾
- b) das Angebot des zweiten Händlers anormalen Charakter hat,²⁾
- c) dieser Händler nicht gutgläubig ist.³⁾

Jede dieser Ansichten führt zu dem Ergebnis, daß die Voraussetzungen des Art. 37 Nr. 1 a nicht vorliegen. Entsprechendes muß für die Gebietsausschließlichkeiten des Abnehmers gelten, die ihn zwingen, Zweitabnehmern außerhalb des ihm zugewiesenen Gebietes den Verkauf zu verweigern; denn auch Händler können strafbare Verkaufsverweigerung begehen.

Von diesen Theorien kann man die erste als herrschende ansehen. Wenn allerdings teilweise von ihren Anhängern gesagt wird,⁴⁾ die anderen Theorien hätten den Nachteil, daß bei

1) Cour de cass., 11.7.1962, Dalloz 1962, S. 501; ebenso grundsätzlich Cour d'appel von Amiens, 9.5.1963, Dalloz 1963, S. 559, an die die Cour de cass. die Sache verwiesen hatte, vgl. S. 50 Fußn. 1; ferner Cour de cass., 22.10.1964, Dalloz 1964, S. 754 = WuW 1965, S. 524; COSNARD, H.-D. a.a.O., S. 239; vgl. zu dem gesamten Fragenkomplex noch BELKE, Rolf a.a.O., S. 241 ff.

2) HEMARD, Jean: Anmerkung zu einer Entscheidung des Tribunal de commerce von Nizza in: Dalloz 1960, S. 568; HOLL, Heinz-Norbert a.a.O., S. 158; GUYENOT, Jean a.a.O., S. 533.

3) GUYENOT, Jean a.a.O., S. 533. Das Circulaire Fontanet läßt nicht klar erkennen, welcher Ansicht es sich anschließt. Da es aber im wesentlichen dieselben Anforderungen an die Ausschließlichkeitsbindungen stellt wie die Vertreter dieser drei Ansichten, wird seine Stellungnahme im folgenden mit behandelt.

4) so COSNARD, H.-D. a.a.O., S. 239; er räumt aber gleichzeitig ein, daß auch die von ihm vertretene Lösung eine erlaubte "cause" für die Ausschließlichkeitsbindung voraussetzt; s. dazu unten S. 55 f. Der gleiche Widerspruch findet sich bei SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 154 Fußn. 537 f.

ihnen zuerst die zivilrechtliche Wirksamkeit der Ausschließlichkeitsbindung geprüft werden müsse, so ist das nicht ganz richtig; denn das ist bei allen drei Theorien Voraussetzung. Die Ware ist nämlich auch nur dann für den Produzenten nicht verfügbar, wenn er sich wirksam verpflichtet hat, seine gesamte Produktion den Alleinvertretern zu überlassen. Ist er dazu nach allgemeinem Zivilrecht nicht verpflichtet, so kann er über die Ware verfügen.

Diese Theorie ist vielmehr aus einem anderen Grund vorzuziehen. Man kann einen Händler, der ein Kaufangebot macht, sicherlich nur dann als bösgläubig bezeichnen, wenn er die Existenz der Ausschließlichkeitsbindung kennt und den gebundenen Vertragspartner zum Vertragsbruch verleiten will.

Ähnliches muß für den anormalen Charakter eines Angebotes gelten. Hier kann man schon Bedenken haben, ob ein Angebot überhaupt durch einen Umstand, der völlig außerhalb, in der Späre eines anderen liegt, einen anormalen Charakter bekommen kann, oder ob er sich nicht aus dem Angebot selbst ergeben muß. Jedenfalls wird man aber auch hier verlangen müssen, daß das Angebot zumindest in Kenntnis der bestehenden Bindung gemacht wird.

Folgt man dagegen der ersten Theorie, so kommt es auf die Kenntnis des Anbieters nicht an; denn allein die Existenz der Ausschließlichkeitsbindung macht die Ware im rechtlichen Sinn unverfügbar. Diese Auslegung tut der Vorschrift des Art. 37 Nr. 1 a auch keine Gewalt an; denn es entspricht durch aus dem Sprachgebrauch und dem Sinn des Gesetzes, eine Ware nicht nur dann als unverfügbar anzusehen, wenn tatsächliche Gründe ihrem Verkauf im Wege stehen,¹⁾ sondern auch dann, wenn der Verkauf aus rechtlichen Erwägungen scheitert.²⁾ Diese Theorie ist daher vorzuziehen. Da bezüglich der weiteren Voraussetzungen zwischen den Anhängern der drei Ansichten weitgehend Einigkeit besteht, wird im folgenden nur noch die hier bevorzugte Theorie näher behandelt.

1) so noch Cour d'appel von Paris, 7.2.1961 a.a.O.

2) Cour de cass., 11.7.1962 a.a.O.

Nach dieser Ansicht muß die Ausschließlichkeitsbindung, wenn sie die Verkaufsverweigerung rechtfertigen soll, eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen, die allgemein etwa so formuliert werden können:

- a) Beide Vertragspartner müssen ihre wirtschaftliche Freiheit beschränken.
- b) Die Vereinbarung darf nicht eine Beschränkung des Abnehmers in der Festsetzung der Wiederverkaufspreise bezwecken oder bewirken.
- c) Sie darf nicht in betrügerischer Absicht zum Nachteil Dritter abgeschlossen sein und keine von der Wirtschaftsgesetzgebung mißbilligte Beschränkung des Wettbewerbs bewirken.
- d) Die Belieferung für die Kunden und der Kundendienst müssen durch die Vereinbarung verbessert werden.¹⁾

Dabei ist eins fraglich: Sind diese Voraussetzungen ganz oder teilweise schon erforderlich, um die Ausschließlichkeitsbindung nach allgemeinem Zivilrecht wirksam zu machen, oder handelt es sich um zusätzliche, neben der zivilrechtlichen Wirksamkeit erforderliche Voraussetzungen zur Rechtfertigung der Verkaufsverweigerung? Diese Frage wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht beantwortet. In der Tat ist die Verknüpfung zwischen Kartell-, also hier: Strafrecht, und allgemeinem Zivilrecht in diesen Fällen so stark, daß eine exakte Trennung wohl nicht möglich ist.

1) So oder ähnlich: Circulaire Fontanet a.a.O., S. 155; Cour de cass., 11.7.1962 a.a.O.; Cour de cass., 22.10.1964 Dalloz 1964, S. 754 = WuW 1965, S. 524; Cour d'appel von Paris, 26.5.1965, Gaz.Pal. 1965 II, S. 77 f; vgl. GUYENOT, Jean a.a.O., S. 515 ff; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 154 ff. Danach bestehen zum Teil Parallelen zu Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, s.u. S. 193 ff. Heftige Kritik an der Rechtsprechung übt PLAISANT, R. a.a.O., S. 13 f, 17 f. Nach seiner Ansicht führt sie zu großer Unsicherheit, da sie die Wirksamkeit der Bindungen von zahlreichen vagen Voraussetzungen abhängig macht. Er schlägt vor, nur mißbräuchliche Ausschließlichkeitsbindungen mit schwerwiegenden Folgen für die Wettbewerbsfreiheit zu verbieten (S. 18).

Nach Art. 1108 Code Civil setzt jede wirksame rechtsgeschäftliche Verpflichtung eine erlaubte "cause" voraus. Fehlt sie oder ist sie ungesetzlich, so ist der Vertrag nichtig (Art. 1131 Code Civil).¹⁾

Daraus folgt: Verkaufsverweigerung ist nicht strafbar, wenn eine wirksame Ausschließlichkeitsbindung zugrunde liegt. Die Bindung ist aber unwirksam, wenn sie beispielsweise darauf abzielt, Dritten den Verkauf zu verweigern, weil dann die "cause" des Vertrages ungesetzlich ist. An diesem Beispiel zeigt sich die enge Verknüpfung beider Rechtskreise. Die kartell- und zivilrechtlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Ausschließlichkeitsbindung sind daher nicht exakt voneinander zu trennen. Sie werden deshalb im folgenden, soweit erforderlich, zusammen untersucht.

4. Abschnitt:

1. Nach dieser Übersicht sollen nun die dargestellten Grundsätze auf die einzelnen Arten der Gebietsausschließlichkeiten angewendet werden. Begonnen wird mit den Fällen, in denen ein französischer Produzent einem französischen Händler den Alleinvertrieb für einen Teil Frankreichs einräumt. Dabei ist davon auszugehen, daß der berechtigte Händler als Handelsvertreter ("agent commercial") für den Produzenten tätig wird.²⁾
- a1) Da die Vereinbarung den Produzenten zwingt, keinen anderen Handelsvertreter für das betreffende Gebiet zu beliefern, führt sie scheinbar zu Verkaufsverweigerungen. In Wirklichkeit ist das aber nicht der Fall. Wenn ein zweiter Handelsvertreter dem Produzenten ein Angebot macht, so will er die

1) Art. 1131: "L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet".

2) Art. 1^{er} VO 58-1345 vom 23.12.1958: "Est agent commercial le mandataire qui, à titre de profession habituelle et indépendante, sans être lié par un contrat de louages de services, négocie et, éventuellement, conclut des achats, des ventes, des locations ou des prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels ou de commerçants".

Ware nicht von ihm kaufen, sondern in dessen Namen verkaufen. Ohne die Bindung würde die Ware nicht erst dem Handelsvertreter verkauft und übereignet, sondern durch seine Vermittlung käme ein Kaufvertrag zwischen dem Produzenten und dem Käufer zustande. Es wird also nicht der Abschluß eines Kaufvertrags verweigert, sondern der eines Dienstleistungsvertrages. Das fällt auch nicht unter den zweiten Tatbestand des Art. 37 Nr. 1 a; denn dort ist der Fall gemeint, daß ein Unternehmer sich weigert, für einen anderen Dienstleistungen zu erbringen, während es hier der Produzent ablehnt, Dienstleistungen anzunehmen. Das ist nicht verboten.

Nun muß allerdings der Produzent infolge der Bindung auch die Angebote solcher Händler ablehnen, die als Eigenhändler tätig werden wollen. In diesem Fall wird zwar der Abschluß eines echten Kaufvertrages verweigert. Der Produzent, der seinen Vertrieb lediglich durch Handelsvertreter durchführen läßt, kann aber vom Gesetzgeber nicht gezwungen werden, auch Eigenhändler zu beliefern. Die Wahl des Vertriebssystems soll ihm durch Art. 37 Nr. 1 a nicht vorgeschrieben werden. Die Strafvorschrift will nur verhindern, daß der Produzent einzelnen Händlern aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen die Belieferung verweigert. Liefert er nur an Handelsvertreter, so begeht er keinen "refus de vente", wenn er die Angebote von Eigenhändlern ablehnt.

Die Zweitabnehmer können die Waren nur durch einen bestimmten Handelsvertreter beziehen. Das ist aber unerheblich, da die Kaufverträge unmittelbar mit dem Hersteller geschlossen werden. Es wird ihnen also von keinem Unternehmen der Verkauf verweigert. Ausschließlichkeitsbindungen gegenüber Handelsvertretern sind somit kartellrechtlich unbedenklich.

Da es aus diesem Grund nicht darauf ankommt, ob der Vertrag im Einzelfall zivilrechtlich wirksam ist oder nicht, wird diese Frage nicht näher untersucht. Es sei nur darauf hingewiesen, daß man die ausschließliche Verpflichtung des

Produzenten wohl nicht als selbständigen Vertrag, sondern als Teil des Handelsvertreter-, also eines Dienstvertrags, ansehen muß.

Ähnlich ist die Rechtslage, wenn das Alleinvertriebsrecht einem Kommissionär eingeräumt wird.¹⁾ Auch hier verweigert der Produzent anderen Kommissionären nicht den Abschluß eines Kauf-, sondern den eines Dienstleistungsvertrages, weil der Kommissionär die Waren nicht kauft, sondern für Rechnung des Herstellers verkauft. Eigenhändler braucht er nicht zu beliefern, da er das Vertriebssystem selbst bestimmen darf. Den Zweitabnehmern ist der Bezug der Ware ebenfalls möglich. Die Person des Kommissionärs ist ihnen gleichgültig, da dieser für Rechnung des Kommittenten und damit zu dessen Bedingungen tätig wird. Auch hier kommt es zu keiner Verkaufsverweigerung, so daß diese Verträge unbedenklich sind.²⁾

- a2) Anders ist die Rechtslage, wenn der begünstigte Abnehmer im eigenen Namen und für eigene Rechnung, also als "concessionnaire", tätig ist. Der Alleinvertriebsvertrag führt hier konsequenterweise dazu, daß der Produzent anderen Händlern den Abschluß von Kaufverträgen verweigert. Damit ist der Straftatbestand des Art. 37 Nr. 1 a an sich erfüllt. Es muß daher nach den oben entwickelten Grundsätzen vorgegangen werden um zu ermitteln, ob die Waren für den

1) Art. 94 Code de Commerce: "Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant".

2) In der Literatur sind Stellungnahmen zu Verträgen mit Handelsvertretern und Kommissionären äußerst selten. Behandelt wird im allgemeinen nur der Fall des "concessionnaire", der dem deutschen Eigenhändler entspricht; vgl. Tribunal de Commerce de la Seine, 11.12.1958, Gaz. Pal. 1959 II, S. 200; CASEL, Jean a.a.O., S. 108. Daraus ist wohl zu schließen, daß solche Verträge allgemein als unproblematisch angesehen werden. Im Ergebnis wie hier: BELKE, Rolf a.a.O., S. 204: Der Vertrauenscharakter des Geschäftsbesorgungsverhältnisses schließt eine Lieferpflicht aus; MEZGER, Ernst a.a.O., AWD BB 1962, S. 217, Fußn. 12 (ohne Begründung); allgemein auch PLAISANT, R. a.a.O., S. 2.

hersteller noch "verfügbar" sind. Dabei vermischen sich zivil- und kartellrechtliche Überlegungen.¹⁾

Jedes Rechtsgeschäft muß, wie schon angedeutet wurde, eine erlaubte "cause" haben; andernfalls ist es nichtig (Art. 1108, 1131 Code Civil).²⁾ Art. 1133 Code Civil bestimmt den Begriff der unerlaubten "cause" näher.³⁾ Im einzelnen richtet er sich nach der Art des Vertrags.⁴⁾ Bei Ausschließlichkeitsbindungen handelt es sich um sog. "contrats synallagmatiques", d.h. Verträge, bei denen beide Seiten zugleich Gläubiger und Schuldner sind und die Leistung um der Gegenleistung willen erbracht wird.⁵⁾ Bei derartigen Verträgen besteht die "cause" in der Gegenleistung. Fehlt eine solche, so ist der ganze Vertrag nichtig.⁶⁾

Das Circulaire Fontanet und die Rechtsprechung stehen auf dem Standpunkt, nur eine gegenseitige Beschränkung der Handlungsfreiheit könne den "refus de vente" rechtfertigen.⁷⁾ Während sich die Rechtsprechung überwiegend mit dieser etwas unbestimmten Formulierung begnügt, wird teilweise sogar verlangt, daß auch die Beschränkung des Abnehmers in einer Ausschließlichkeitsbindung bestehen müsse, und zwar in dem Verbot, innerhalb des ihm reservierten

1) s.o. S. 55.

2) s.o. S. 56.

3) Art. 1133: "La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public".

4) Einzelheiten dazu sind äußerst umstritten. Es ist im Rahmen dieser Arbeit unmöglich und auch wohl entbehrlich, darauf einzugehen. Die folgenden Ausführungen sind daher lediglich eine stark vereinfachte Darstellung. Zum Streit über den Begriff der "cause" vgl. statt aller RIPERT/BOULANGER: Traité de Droit Civil, Tome II, Paris 1957, S. 109 ff.

5) CARBONNIER, Jean: Droit Civil, Tome II, Les Biens et les Obligations, Paris 1959, S. 310. Der Ausdruck ist also gleichbedeutend mit der deutschen Bezeichnung "gegenseitiger Vertrag".

6) CARBONNIER, Jean a.a.O., S. 370.

7) s.o. S. 55.

Gebiets Konkurrenzwaren zu vertreiben.¹⁾ Die Berechtigung einer solchen Voraussetzung erscheint zweifelhaft.

Die Rechtsprechung will wohl folgendes erreichen: Der Vertrag soll nicht als Vorwand benutzt werden, um die in Wirklichkeit verfolgten Zwecke zu verschleiern. Dadurch, daß konkrete Pflichten beider Parteien gefordert werden, stellt man die Ernsthaftigkeit des Vertrages sicher.²⁾

Dieses Ziel der Rechtsprechung wird besonders in dem Prozeß deutlich, den die Cour d'appel von Paris am 7.2.1961 entschied und die Cour de Cassation am 11.7.1962 an die Cour d'appel von Amiens verwies.³⁾ Dieses Gericht schloß sich in seinem Urteil vom 9.5.1963⁴⁾ zwar der Ansicht an, daß Ausschließlichkeitsbindungen unter Umständen die Strafbarkeit des "refus de vente" ausschließen könnten, hielt die von der Rechtsprechung dazu entwickelten Voraussetzungen aber nicht für gegeben. Da nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Vertrag der Hersteller zahlreiche Abnehmer beliefern durfte und auch den Abnehmern keine wesentlichen Beschränkungen auferlegt waren, sah das Gericht den Vertrag zu Recht nicht als echten Alleinvertriebsvertrag und die Abnehmer nur als einfache Verteiler an. Außerdem zog das Gericht aus mehreren Indizien den Schluß, daß das "Alleinvertriebssystem" in Wirklichkeit nur die Einhaltung der empfohlenen Preise sicherstellen sollte.

Verpflichtet sich dagegen der Produzent, keinen anderen Händler zu beliefern, so ist diese Bindung konkret genug.⁵⁾

1) Circulaire Fontanet a.a.O., S. 155; HEMARD, Jean a.a.O., Dalloz 1960, S. 568 mit Einschränkungen.

2) GUYENOT, Jean a.a.O., S. 522.

3) Vgl. S. 50 Fußn. 1 und S. 53 Fußn. 1.

4) Dalloz 1963, S. 559 ff mit Anm. von HEMARD. Das Urteil wurde von der Cour de cass. am 22.10.1964 (Dalloz 1964, S. 753 = WuW/E EWG 98) bestätigt; vgl. dazu auch MARKERT, Kurt a.a.O., WRP 1966, S. 97; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 157; PLAISANT, R. a.a.O., S. 15 f.

5) Natürlich muß das zum Alleinvertrieb zugewiesene Gebiet genau abgegrenzt sein: Circulaire Fontanet a.a.O., S. 155; RYZIGER, Paul-François a.a.O., Gaz. Pal. 1961 II, S. 22.

Fraglich ist, wie die Verpflichtung des Abnehmers beschaffen sein muß. Sicherlich würde ein Konkurrenzverbot ausreichen. Die Literatur ist darüber hinaus der Ansicht, es genügen sonstige Pflichten, sofern sie nur hinreichend konkretisiert seien. Die Rechtsprechung wird überwiegend so interpretiert, daß bei einseitigen Ausschließlichkeitsbindungen genauer und strenger geprüft werden müsse, ob der Vertrag ernsthaft gemeint sei und keine unerlaubten Ziele verfolge.¹⁾

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Zunächst erfordert der Begriff der "cause" nicht, daß die Gegenleistung ebenfalls in einer Ausschließlichkeitsbindung besteht. Gleichartigkeit der Leistungen ist nicht erforderlich, es genügt ein synallagmatisches Verhältnis.²⁾ Auch das Kartellrecht rechtfertigt nicht mehr. Zutreffend wird im Schrifttum auf folgendes hingewiesen: Die Rechtsprechung verlange beispielsweise ein Konkurrenzverbot. Ferner fordere sie, daß die Vereinbarung den Verbrauchern zugute komme. Beide Forderungen seien aber konträr; denn das Konkurrenzverbot verringere die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher und sei daher für sie nachteilig.³⁾ Hieran zeigt sich, daß ein Konkurrenzverbot zur Wirksamkeit einer Ausschließlichkeitsbindung nicht unbedingt erforderlich ist.

Es genügt vielmehr nach alledem, wenn der Abnehmer zu gewissen konkreten Gegenleistungen verpflichtet ist, z.B. in Bezug auf Wartung, Kundendienst oder Einhaltung bestimmter Geschäftsbedingungen.⁴⁾ Das gilt nicht nur für technisch hochstehende Waren und Luxusartikel,⁵⁾ sondern für alle Waren.

1) RYZIGER, Paul-François a.a.O., Gaz.Pal. 1961 II, Doctrine S. 20, 22; ders. a.a.O., Gaz.Pal. 1963 I, Doctrine S. 14; ähnlich COSNARD, H.-D. a.a.O., S. 242; vgl. auch SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 155 Fußn. 540.

2) RIPERT/BOULANGER a.a.O., S. 120; RYZIGER, Paul-François a.a.O., Gaz.Pal. 1961 II, Doctrine S. 20, 22.

3) COSNARD, H.-D. a.a.O., S. 242; GUYENOT, Jean a.a.O., S. 523.

4) BELKE, Rolf a.a.O., S. 247 ff; RYZIGER, Paul-François a.a.O., Gaz.Pal. 1961 II, Doctrine S. 20 ff.

5) so HEMARD, Jean a.a.O., Dalloz 1960, S. 568.

Zur Wirksamkeit der Ausschließlichkeitsbindung ist weiter erforderlich, daß sie nicht auf einen verbotenen Erfolg abzielt.¹⁾ So darf sie natürlich nicht bezwecken, bestimmten Personen den Verkauf zu verweigern oder sonst Nachteile zuzufügen.²⁾ In diesem Fall wäre sie schon nach Art. 1131, 1133 Code Civil nichtig. Vor allem aber darf der Abnehmer in keiner Weise darin beschränkt werden, die Wiederverkaufspreise festzusetzen. Hier zeigt sich erneut, daß das französische Kartellrecht die Bekämpfung unerlaubter Preise in den Mittelpunkt stellt und alle anderen Wettbewerbsbeschränkungen praktisch nach ihrem Einfluß auf die Preise beurteilt. Ob die genannten Voraussetzungen vorliegen, läßt sich nur in jedem Einzelfall feststellen.

Schließlich verlangt die Rechtsprechung für die Wirksamkeit einer Ausschließlichkeitsbindung noch, daß sie die Belieferung der Kunden oder den Kundendienst verbessert.³⁾ Dabei handelt es sich um ein speziell kartellrechtliches Erfordernis, dessen Notwendigkeit sich aus dem allgemeinen Zivilrecht nicht ergibt. Auch hier ist eine generelle Entscheidung nicht möglich. Im Normalfall wird die Voraussetzung aber vorliegen, da durch die Konzentrierung auf einen Abnehmer der Vertrieb rationalisiert und ein guter Kundendienst gewährleistet werden kann, was dem Verbraucher zugute kommt.⁴⁾ Ausschließlichkeitsbindungen dieser Art können damit im Einzelfall den "refus de vente" rechtfertigen.

1) s.o. S. 55 f und S. 59.

2) Nach Ansicht des Circulaire Fontanet a.a.O., S. 156 ist das vor allem dann zu vermuten, wenn der Vertrieb nur in solchen Gebieten mittels Ausschließlichkeitsbindungen geregelt ist, in denen besonders starke Konkurrenz herrscht.

3) s.o. S. 55; Circulaire Fontanet a.a.O., S. 156; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 157; ablehnend RYZIGER, Paul-François a.a.O., Gaz.Pal. 1961 II, Doctrine S. 22. Nach seiner Meinung gilt diese Voraussetzung nur für Kartelle.

4) Vgl. hierzu die entsprechende Problematik im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, unten S. 196 ff. An der Rechtsprechung der französischen Gerichte wird zum Teil kritisiert, diese Voraussetzung erfordere umfangreiche wirtschaftliche Untersuchungen und überfordere damit die Gerichte, so COSNARD, H.-D. a.a.O., S. 241.

b1) Als nächst sind die Verträge zu untersuchen, in denen ein französischer Produzent einem französischen oder ausländischen Händler den Alleinvertrieb für ein ausländisches Staatsgebiet einräumt.

Soweit die Verträge mit Handelsvertretern oder Kommissionären geschlossen werden, sind sie ebenso wie Vereinbarungen mit Wirkung innerhalb Frankreichs unbedenklich.¹⁾

Handelt es sich um Eigenhändler, so ist wieder zu prüfen, ob die Vereinbarung zu Verkaufsverweigerungen führt. Das ist sicherlich der Fall; denn der Produzent kann Abnehmer, die ihren Sitz in dem betreffenden ausländischen Staat haben, nicht beliefern, weil er sonst vertragsbrüchig würde.

Ob diese Folge der Bindung genügt, um sie gemäß Art. 37 Nr. 1 a als verboten anzusehen, ist aber fraglich. Die Vorschrift will den französischen Markt vor Wettbewerbsbeschränkungen schützen und allen Gewerbetreibenden die frei Betätigung auf diesem Markt garantieren. Hat ein Vertrag nur zur Folge, daß ein ausländisches Unternehmen in seiner Betätigung auf einem ausländischen Markt eingeschränkt wird, so kann das die Anwendung des Art. 37 Nr. 1 a nicht rechtfertigen, weil weder die Bewegungsfreiheit französischer Unternehmer noch die ausländischer Unternehmer auf dem französischen Markt beschränkt wird.²⁾

Häufig geht aber die Alleinvertriebsverpflichtung des Produzenten noch weiter. Er kann nämlich verpflichtet sein, zum Schutz des Alleinvertreters nicht nur jede direkte Lieferung ins Ausland zu unterlassen, sondern auch, seinen inländischen Abnehmern den Export in das betreffende Gebiet zu untersagen.³⁾ Jetzt führt die Vereinbarung also auch dazu, daß französische Abnehmer in ihrer Tätigkeit eingeschränkt werden.

Die Ausschließlichkeitsbindung zwingt jedoch den Produzenten nicht, anderen französischen Händlern die Belieferung

1) s.o. S. 56 ff.

2) Vgl. auch Art. 62 VO 45-1483.

3) s.o. S. 36.

schlechthin zu verweigern. Er muß ihnen nur den Export in ein Land verbieten. Diese Folge ist keine Verkaufsverweigerung im Sinne des Art. 37 Nr. 1 a. Wenn man als Schutzobjekt nur den inländischen Wettbewerb bzw. die Wettbewerbsfreiheit französischer Unternehmer auf dem inländischen Markt ansieht, so verstößt der Vertrag nicht gegen die Bestimmung. Jeder französische Händler kann die Waren beziehen und in Frankreich vertreiben. Die Auferlegung eines Exportverbotes kann mit der Verkaufsverweigerung nicht gleichgestellt werden; denn die Kaufofferte wird angenommen, wenn auch unter der Bedingung, daß ein Exportverbot akzeptiert wird. Das wirkt sich auf dem französischen Markt nicht aus. Also ist auch diese Verpflichtung des Produzenten kartellrechtlich unbedenklich. Damit ist die Frage nach der zivilrechtlichen Wirksamkeit solcher Verträge für das Kartellrecht unerheblich.

- b2) Anders kann der umgekehrte Fall zu behandeln sein, nämlich eine Vereinbarung, mit der ein ausländischer Produzent seinem Abnehmer den Alleinvertrieb für Frankreich gibt. Diese Ausschließlichkeitsbindung führt zu Verkaufsverweigerungen, die französische Händler in ihrer Tätigkeit auf dem französischen Markt treffen. Fraglich ist aber, ob sich ein ausländischer Produzent wegen "refus de vente" strafbar machen kann; denn auch nur dann ist schon die Ausschließlichkeitsbindung verboten.¹⁾

Aus dem Wortlaut der VO 45-1483 läßt sich die Frage nicht beantworten. Da das französische Kartellrecht in diesem Fall Strafrecht ist, muß man auf allgemeine strafrechtliche Grundsätze zurückgreifen. Dabei ist vom Territorialitätsprinzip auszugehen, d.h., entscheidend ist, wo die Straftat begangen wird. Angenommen, ein französischer Händler macht dem ausländischen Produzenten ein Kaufangebot. Dieser reagiert darauf nicht. Grundsätzlich begeht auch der Hersteller "refus de vente", der auf ein Angebot gar nicht re-

1) Zum folgenden vor allem MEZGER, Ernst: Le commerçant étranger établi à l'étranger est-il soumis à la prohibition du refus de vente en France? in: Revue critique de Droit Int. Privé 1963, S. 43 ff.

agiert. Es handelt sich nämlich bei dieser Straftat um ein Unterlassungsdelikt,¹⁾ weil der kriminelle Unwert der Tat darin besteht, daß man eine geforderte Handlung, die Belieferung, unterläßt.

Ein Unterlassungsdelikt ist aber dort verwirklicht, wo der Täter hätte tätig werden müssen. Da die vom Produzenten verlangte Tätigkeit in der Belieferung des französischen Händlers besteht, liegt der Tatort zumindest auch in Frankreich.²⁾

Das gleiche gilt, wenn der Produzent nicht untätig bleibt, sondern das Angebot ausdrücklich ablehnt. Auch hier ist nicht die Abgabe dieser Willenserklärung das strafbare Verhalten, sondern das damit verbundene Unterlassen der Belieferung. Die Anwendung des Art. 37 Nr. 1 a verstößt also nicht gegen allgemeine Prinzipien des Strafrechts.

Das Ergebnis wird auch vom Zweck der Vorschrift gefordert; denn durch die Vereinbarung werden französische Händler in ihrer Betätigung auf dem inländischen Markt beschränkt und der Wettbewerb innerhalb Frankreichs betroffen. Damit sind die Schutzobjekte der Bestimmung verletzt, Schließlich führt ein Vergleich mit dem deutschen Kartellrecht zum gleichen Ergebnis. § 98 Abs. 2 GWB bestimmt, daß das Gesetz auf alle Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden ist, die sich in der BRD auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlaßt werden.³⁾ Die VO 45-1483 enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung ähnlicher Art, Sinn und Zweck erfordern aber eine dementsprechende Auslegung.⁴⁾

Da somit Ausschließlichkeitsbindungen dieser Art notwendig zu Verkaufsverweigerungen im Sinne des Art. 37 Nr. 1 a führen, sind sie grundsätzlich verboten.⁵⁾

1) MEZGER, Ernst a.a.O., S. 45; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 148

2) MEZGER, Ernst a.a.O., S. 46 f; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 148.

3) Einzelheiten dazu unten S. 110 ff.

4) ähnlich MEZGER, Ernst a.a.O., S. 48.

5) MEZGER, Ernst a.a.O., S. 48; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 148 f, 159 f; A.A. MARKERT, Kurt: Die Rechtsprechung der französischen Gerichte zum Verbot der Lieferverweigerung in: WRP 1966, S. 98 und Fußn. 17.

Sie können aber aus denselben Gründen wie innerfranzösische Vereinbarungen gerechtfertigt sein, und zwar nach herrschender Meinung deshalb, weil sie die Ware für den Produzenten unverfügbar machen können.¹⁾ Die oben aufgezeigten Voraussetzungen müssen auch hier in jedem Einzelfall geprüft werden.²⁾

- c) Hat ein französischer Produzent schließlich seinen gesamten Vertrieb in Form von Alleinvertriebsrechten organisiert, so sind nur die Verträge kartellrechtlich verboten, die den Vertrieb im Inland betreffen. Umgekehrt sind von den Verträgen, die ausländische Produzenten abschließen, für das französische Recht nur die von Interesse, die den Alleinvertrieb für Frankreich zum Inhalt haben.

2. Wurden bisher Verträge behandelt, die für den Produzenten eine Ausschließlichkeitsbindung enthielten, so wendet sich die Untersuchung nun Vereinbarungen zu, in denen sich der Abnehmer einer Ware verpflichtet, diese nur an Zweitabnehmer innerhalb eines bestimmten Gebietes weiterzuverkaufen.

- a) Dabei wird wieder mit Verträgen begonnen, die nur den Vertrieb innerhalb Frankreichs regeln.

Verträge dieser Art zwingen zwar den Produzenten nicht, die Belieferung anderer Händler zu verweigern. Wohl aber darf der gebundene Händler nicht an solche Zweitabnehmer weiterverkaufen, die ihren Sitz außerhalb seines Gebietes haben. Auch das ist nach Art. 37 Nr. 1 a strafbar, da Täter des "refus de vente" ebenfalls ein Händler ("commerçant") sein kann.

- a1) Ist jedoch der Abnehmer als Handelsvertreter tätig, so besteht die Gefahr einer Verkaufsverweigerung nicht; denn die Zweitabnehmer kaufen die Waren nicht vom Handelsvertreter, sondern unmittelbar vom Produzenten.³⁾ Der Kaufabschluß mit diesem ist jedem Zweitabnehmer möglich. Einen Anspruch auf eine bestimmte Mittelsperson gibt ihm das Kartellrecht

1) s.o. S. 53 ff.

2) SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 148 Fußn. 515.

3) Vgl. oben S. 56 ff.

nicht. Dafür besteht auch kein Bedürfnis, da dessen Person für den Käufer gleichgültig ist.

Beim Kommissionär ist das Ergebnis gleich. Auch er verkauft nicht seine Waren, sondern vermittelt Kaufverträge. Zwar handelt er nicht als Stellvertreter des Produzenten, aber für dessen Rechnung. Wirtschaftlich gesehen, ist er ebenso Mittler wie der Handelsvertreter. Auch hier kann es dem Zweitabnehmer gleich sein, durch wen er die Waren bezieht. Da es zu einer Verkaufsverweigerung nicht kommt, sind die Verträge kartellrechtlich unbedenklich.

a2) Anders ist die Rechtslage beim Eigenhändler. Man könnte zwar folgendes einwenden: Auch diese Bindung führe nicht dazu, daß bestimmte Zweitabnehmer die Waren gar nicht beziehen könnten. Nur müsse sich jeder an einen bestimmten Großhändler wenden.

Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig. Zwar können zumindest im Regelfall, wenn für jedes inländische Gebiet ein Alleinvertreter bestellt ist, alle die Waren erwerben. Aber der Großhändler, der einen Kaufwilligen an einen anderen verweist, verweigert ihm den Abschluß eines echten Kaufvertrags; denn er ist Eigentümer der Waren, und der Weiterverkauf erfolgt für eigene Rechnung. Art. 37 Nr. 1 a will nicht nur gewährleisten, daß jeder die Waren eines bestimmten Produzenten überhaupt erwerben kann. Vielmehr muß der Käufer auch die Möglichkeit haben, unter mehreren Zwischenhändlern, die die Waren möglicherweise zu verschiedenen Preisen abgeben, wählen zu können.

Auch unter dem Aspekt des Wettbewerbsschutzes muß man die Anwendbarkeit des Art. 37 Nr. 1 a bejahen, da der Wettbewerb unter den Händlern völlig ausgeschaltet wird.

Da also die Gebietsausschließlichkeit zu Verkaufsverweigerungen führt, sind sie grundsätzlich verboten. Man muß daher prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme vorliegen. Zwar hat sich die Rechtsprechung nicht ausdrücklich mit dieser Art der Bindung befaßt, man kann aber die allgemein zu Ausschließlichkeitsbindungen entwickelten

Grundsätze heranziehen. Als erstes verlangt die Rechtsprechung eine beiderseitige Beschränkung der Handlungsfreiheit. Auf Seiten des Produzenten genügen hier Verpflichtungen, die die Ernsthaftigkeit des Vertrages garantieren und eine "cause" im Sinne des Zivilrechts darstellen.¹⁾

Bezüglich der übrigen Voraussetzungen für die Wirksamkeit gilt auch hier nichts Besonderes. Vor allem ist darauf zu achten, ob mit der Vereinbarung verbotene Preismanipulationen bezweckt werden. Es darf also zu der Ausschließlichkeitsbindung keine Preisbindung hinzukommen. Die Verbesserungen für den Verbraucher sind regelmäßig vorhanden, da durch diese Vertriebsform eine möglichst gleichmäßige Belieferung erreicht wird; denn da jeder Großhändler auf ein bestimmtes Gebiet angewiesen ist, hat er ein starkes Interesse daran, dies Gebiet gründlich zu erschließen.

b) Ändert sich die Rechtslage, wenn die Absatzbeschränkung des Eigenhändlers den grenzüberschreitenden Warenverkehr betrifft? Dabei sind verschiedene Fälle zu unterscheiden.

b1) Auszugehen ist von einem Exportverbot, das ein französischer Produzent einem französischen Eigenhändler auferlegt. Die Vereinbarung führt zwar zu Lieferverweigerungen gegenüber Zweitabnehmern, aber nur im Ausland. Der gebundene Händler kann in Frankreich jeden Zweitabnehmer beliefern. Da Verkaufsverweigerungen auf ausländischen Märkten nicht von Art. 37 Nr. 1 a betroffen sind, erstreckt sich das Verbot auf Exportverbote ebensowenig wie auf Alleinvertriebsrechte für ausländische Märkte.²⁾

Dasselbe gilt, wenn z.B. der französische Produzent einem deutschen Händler den Weiterexport in andere Länder untersagt. Auch von dieser Maßnahme wird der französische Markt nicht betroffen.

1) s.o. S. 59 ff.

2) s.o. S. 63 f.

b2) Das kann sich aber ändern, wenn dem Abnehmer zusätzlich auch der Re-Import nach Frankreich verboten wird. Der deutsche Händler muß Kaufangebote, die ihm von französischen Einzelhändlern gemacht werden, ablehnen. Da sich auch ausländische Unternehmer wegen "refus de vente" strafbar machen können,¹⁾ bestehen keine Bedenken gegen die Anwendung des Verbots auf die entsprechenden Vereinbarungen. Der Tatbestand des Art. 37 Nr. 1 a ist also grundsätzlich erfüllt.

Man muß daher wieder fragen, ob die Waren rechtlich verfügbar sind, d.h., ob die Re-Importverbote zivilrechtlich wirksam sind und die von der Rechtsprechung verlangten Voraussetzungen erfüllen. Hierbei ist folgendes zu beachten: Re-Importverbote sind regelmäßig ein Indiz dafür, daß im Inland überhöhte Preise verlangt werden; denn wenn die Waren im In- und Ausland zu relativ gleichen Preisen angeboten werden, ist der Re-Import wirtschaftlich wenig sinnvoll. Sind dagegen die Preise im Ausland erheblich niedriger, so lohnt sich der Re-Import. Es ist daher in diesen Fällen besonders sorgfältig zu prüfen, ob nicht mit dem Re-Importverbot unerlaubte Preismanipulationen bezweckt werden. Dann ist es verboten.

Die geforderten Verbesserungen für den Verbraucher kann man dagegen regelmäßig als gegeben ansehen, da der Großhändler in Frankreich durch die Re-Importverbote in die Lage versetzt wird, umfassenden Kunden- und Garantiedienst zu gewähren und den französischen Markt gründlich zu erschließen.

b3) Entsprechendes gilt für folgende Vereinbarung: Ein deutscher Produzent vereinbart mit deutschen Händlern Exportverbote bezüglich Frankreichs. Obwohl hier sogar beide Vertragsparteien ihren Sitz im Ausland haben, ist Art. 37 Nr. 1 a grundsätzlich anwendbar, da es nur auf die Wirkungen ankommt. Hierbei gilt aber eine Einschränkung. Wenn der

1) s.o. S. 64 ff.

Produzent seine Waren gar nicht nach Frankreich liefern will, so ist das zulässig. Art. 37 kann ihn nicht zwingen zu exportieren. Die Vorschrift will nur verhindern, daß einzelne Händler in Frankreich nicht beliefert werden und so gegenüber ihren Konkurrenten im Nachteil sind. Liefert also der Produzent nach Frankreich, dann muß er auch alle Abnehmer beliefern.¹⁾ Das Exportverbot unterliegt dann dem französischen Kartellrecht, da es zu Lieferverweigerungen auf dem französischen Markt führt.

Auch bei solchen Exportverboten muß sorgfältig geprüft werden, ob sie nicht dazu dienen, auf dem französischen Markt überhöhte Preise zu fordern, da hierfür eine gewisse Vermutung spricht.

- b4) Verbietet schließlich ein deutscher Produzent einem französischen Händler den Re-Import in die BRD, so ist das nach französischem Kartellrecht unbedenklich.²⁾ Es genügt nicht die Beteiligung französischer Unternehmen, entscheidend ist vielmehr, daß die Vereinbarung nicht zu Verkaufsverweigerungen auf dem französischen Markt führen kann.³⁾
- c) Organisiert ein französischer oder ausländischer Produzent seinen gesamten Vertrieb in der Weise, daß die Abnehmer Gebietsausschließlichkeiten unterworfen werden, so sind nur die verboten, die zu Verkaufsverweigerungen auf dem französischen Markt führen können. Das sind Ausschließlichkeitsbindungen innerhalb Frankreichs, Re-Importverbote mit Wirkung für den französischen Markt und Exportverbote vom Ausland nach Frankreich.
- 3) Sind beide Vertragspartner gebunden, so gilt grundsätzlich nichts anderes als bei einseitigen Bindungen. Betreffen die Bindungen nur den Vertrieb innerhalb Frankreichs, so sind sie verboten, da sie zu Verkaufsverweigerungen gegen-

1) SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 148 f.

2) Hierzu vor allem SCHOLZ, Ulrich: Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen und internationales Privatrecht in: WRP 1963, S. 262 ff.

3) SCHOLZ, Ulrich a.a.O., S. 266.

über Groß- und Einzelhändlern führen. Das Verbot greift nur dann nicht ein, wenn die Waren nicht "verfügbar" sind. Die Forderung der Rechtsprechung nach gegenseitiger Beschränkung der Handlungsfreiheit ist hier sicherlich erfüllt, da beide Parteien konkrete Verpflichtungen auf sich nehmen, die einander in ihrer Bedeutung etwa entsprechen.

Natürlich muß das Gebiet genau bezeichnet sein.¹⁾ Ferner darf die Vereinbarung keine verbotenen Zwecke verfolgen, z.B. Dritten zu schaden, Preismanipulationen zu begehen oder ähnliches. Schließlich müssen für den Verbraucher Verbesserungen bewirkt werden.

Regeln die gegenseitigen Bindungen den Export eines französischen Produzenten, so unterliegen sie dem Kartellrecht nicht.²⁾ Eine Ausnahme gilt nur für das Re-Importverbot, das einem Abnehmer die Rücklieferung nach Frankreich untersagt.³⁾ Gebietsausschließlichkeiten, mit denen ein ausländischer Produzent seinen Vertrieb organisiert, sind verboten, wenn sie zu Lieferverweigerungen auf dem französischen Markt führen können. Das trifft auf Alleinvertriebsrechte und Exportverbote bezüglich Frankreichs zu.⁴⁾

4. Zusammenfassung:

Gebietsausschließlichkeiten sind im französischen Kartellrecht nicht ausdrücklich behandelt. Sie können aber für Art. 37 Nr. 1 a der VO 45-1483 in der Fassung der VO 58-545 von Bedeutung sein, der die Verkaufsverweigerung unter Strafe stellt. Soweit nämlich die Bindungen ihrer Natur nach dazu führen, daß Produzenten oder Händler auf dem französischen Markt anderen Unternehmen die Belieferung verweigern, sind sie selbst grundsätzlich verboten.

Um aber den wirtschaftlichen Erfordernissen gerecht zu werden, hat man verschiedene Wege vorgeschlagen, um Gebiets-

1) s.o. S. 60 Fußn. 5.

2) s.o. S. 63 ff, 68 ff.

3) s.o. S. 69.

4) s.o. S. 64 ff, 69.

ausschließlichkeiten unter bestimmten Voraussetzungen als erlaubt anzusehen. Die herrschende Meinung vertritt folgende Lösung: Sind die Bindungen zivilrechtlich wirksam und erfüllen sie gewisse sonstige Voraussetzungen, so ist die Ware nicht verfügbar und die Verkaufsverweigerung nicht strafbar. Diese Erfordernisse müssen in jedem Einzelfall untersucht werden.

5. Abschnitt:

Die vorliegende Darstellung hat sich im wesentlichen auf die kartellrechtliche Probleme der Gebietsausschließlichkeiten beschränkt. Die zivilrechtliche Seite wurde nur behandelt, soweit sie mit dem Kartellrecht verknüpft war.¹⁾ Abschließend soll aber eine zivilrechtliche Besonderheit besprochen werden, die auch für das Kartellrecht von Bedeutung ist.

Auch im französischen Recht gilt an sich der Grundsatz, daß Verträge nur Wirkungen zwischen den Parteien haben, daß sie Außenstehenden weder nutzen noch schaden können.²⁾ Dieser Grundsatz ist jedoch in jahrzehntelanger Rechtsprechung durchbrochen worden, wobei man sich auf Art. 1382 Code Civil beruft, der die allgemeine Schadensersatzpflicht zum Inhalt hat.³⁾

Wenn zwischen zwei Personen ein Vertrag besteht und ein Dritter in Kenntnis davon einen der Vertragspartner zum Vertragsbruch veranlaßt, so soll der Dritte verpflichtet

1) Über allgemeine zivilrechtliche Probleme von Ausschließlichkeitsbindungen vgl. PLAISANT, R. a.a.O., S. 4 ff.

2) Art. 1165 Code Civil: "Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121".

3) Art. 1382 Code Civil: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

sein, dem dadurch geschädigten Vertragspartner den Schaden zu ersetzen, obwohl er selbst nicht am Vertrag beteiligt ist.¹⁾ Seine Handlung wird als quasi-Delikt angesehen und fällt damit unter Art. 1382 Code Civil. Mit dieser Rechtsprechung wird den Verträgen praktisch eine gewisse dingliche Wirkung zuerkannt.

Diesen Grundsatz hat die neuere Rechtsprechung auch auf Ausschließlichkeitsverträge angewendet. Das bedeutet: Hat ein Händler das Alleinvertriebsrecht für ein bestimmtes Gebiet, so ist ein Parallelimporteur ihm unter gewissen Voraussetzungen zum Schadensersatz verpflichtet.²⁾ Die Rechtsprechung ist der Ansicht, wer in Kenntnis eines Alleinvertriebsrechts in das Gebiet liefere, verstoße gegen den Grundsatz der kaufmännischen Rechtschaffenheit und begehe unlauteren Wettbewerb. Es wird nicht einmal verlangt, daß beim Parallelimporteur besondere Umstände vorliegen, die sein Verhalten als anstößig erscheinen lassen. Man hält vielmehr Kenntnis des Rechts für ausreichend.

Vorausgesetzt wird allerdings, daß die Bindung nicht gegen das Kartellrecht verstößt. Dabei übernehmen die Zivilgerichte im allgemeinen die Grundsätze, die von den Strafgerichten bezüglich des "refus de vente" entwickelt worden sind.³⁾

1) Cour de cass., Dalloz 1929, S. 131; Dalloz 1957, S. 729; Dalloz 1958, S. 763; vgl. ferner LALOU, Henri: 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers in: Dalloz 1928, Chronique S. 69 mit weiteren Hinweisen.

2) Cour d'appel von Paris, 22.6.1960, Gaz.Pal. 1960 II, S. 200, bestätigt von der Cour de cass., 16.3.1965, zitiert bei MEZGER, Ernst a.a.O., AWD BB 1966, S. 158; Tribunal de commerce de la Seine, 21.5.1962, AWD BB 1962, S. 206; ders. 9.7.1964, Gaz.Pal. 1964 II, S. 334. Besprechungen dieser Entscheidungen bei MARKERT, Kurt a.a.O., AWD BB 1965, S. 130; MEZGER, Ernst a.a.O., AWD BB 1962, S. 218 f und AWD BB 1966, S. 158; PLAISANT, R. a.a.O., S. 6 ff; SENNEWALD, Helmut a.a.O., S. 160 FußN. 566.

3) s.o. S. 50 ff; vgl. etwa Tribunal de commerce de la Seine AWD BB 1962, S. 206; Cour d'appel von Paris, 26.5.1965, Gaz.Pal. 1965 II, S. 78. Anders als die Kartellrechtsprechung hat allerdings der Tribunal de commerce de la Seine, 9.7.1964, Gaz.Pal. 1964 II, S. 334 die Anwendbarkeit des Art. 59^{bis} VO 45-1483 auf vertikale Bindungen bejaht; s.o. S. 47

Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum teilweise stark kritisiert worden. Dabei werden zu Recht folgende Bedenken erhoben: Die durch die Rechtsprechung praktisch bewirkte Verdinglichung schuldrechtlicher Verträge sei mit der Zivilrechtsdogmatik, besonders Art. 1165 Code Civil, nicht vereinbar.¹⁾ Außerdem laufe sie den Zielen des nationalen und des EWG-Kartellrechts zuwider, da sie die Aufteilung von Märkten und das Entstehen monopolähnlicher Stellungen begünstige.²⁾ Den Alleinvertretern werde dadurch absoluter Gebietsschutz gewährt, ohne daß Exportverbote erforderlich seien.³⁾

Um diese unerfreulichen Konsequenzen zu vermeiden, wird man die Ansicht der Gerichte zumindest einschränken müssen. Es ist auch nicht einzusehen, wieso unlauterer Wettbewerb vorliegt, wenn jemand in Kenntnis eines Alleinvertriebsrechts Parallelimporte tätigt. Damit übt er nur sein Recht auf freie Betätigung aus. Vertragliche Abmachungen, an denen er nicht beteiligt ist, dürfen ihn nicht beschränken. Das würde im Ergebnis einen Vertrag zu Lasten Dritter bedeuten. Man kann daher unlauteren Wettbewerb nur unter bestimmten Voraussetzungen bejahen, z.B. wenn der Importeur sich die Waren auf starfbare Weise verschafft oder wenn ihm von seinem Verkäufer ebenfalls die Verpflichtung auferlegt worden ist, nicht in das betreffende Gebiet zu liefern.⁴⁾ Nur so kommt man zu vernünftigen Ergebnissen.

1) MARKERT, Kurt a.a.O., S. 130; PLAISANT, R. a.a.O., S. 7.

2) PLAISANT, R. a.a.O., S. 7.

3) MARKERT, Kurt a.a.O., S. 130.

4) So PLAISANT, R. a.a.O., S. 8 ff mit zahlreichen Beispielen und rechtsvergleichenden Ausführungen.

3. Kapitel: Die Behandlung der Gebietsausschließlichkeiten nach deutschem Recht.

I. Die historische Entwicklung.

1. Abschnitt:

Auch in Deutschland setzte sich der Gedanke, wettbewerbsbeschränkende Verträge einer besonderen gesetzlichen Regelung zu unterwerfen, erst sehr spät, nämlich 1923, durch. Vor dieser Zeit beurteilte man derartige Verträge ausschließlich nach dem allgemeinen Zivilrecht. Die einzige Schranke für ihre Wirksamkeit stellte nach der Rechtsprechung § 138 BGB dar.

Die Entscheidungen zeigen, daß § 138 BGB den Besonderheiten wettbewerbsbeschränkender Verträge nicht gerecht wird. Die Tatsache, daß ein Vertrag den Wettbewerb beschränkt oder verfälscht, reicht regelmäßig nicht aus, um ihn als sittenwidrig, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßend, anzusehen.¹⁾ Aus den Motiven zu § 138 ergibt sich, daß ursprünglich vorgesehen war, in den Gesetzestext auch Verträge aufzunehmen, die gegen die öffentliche Ordnung verstoßen. Das wurde mit der Begründung gestrichen, solche Rechtsgeschäfte würden auch stets gegen die guten Sitten verstoßen.²⁾ Das ist aber nicht der Fall, wie das Beispiel wettbewerbsbeschränkender Verträge zeigt.

Unter dem Aspekt des § 138 BGB konnte also nur geprüft werden, ob das Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien sittenwidrig war, vor allem, ob eine übermäßige Knebelung vorlag. Die Ausführungen des Reichsgerichts beschränkten sich folglich auf diesen Gesichtspunkt, so z.B. im Fall eines Bierlieferungsvertrags,³⁾ eines Kartellvertrags,⁴⁾

1) RGZ 80, 221.

2) Vgl. BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 41 Fußn. 13.

3) RGZ 63, 390 ff; 67, 101 ff.

4) RGZ 136, 236 ff.

einer Verwendungsbeschränkung.¹⁾ Dabei legte das Reichsgericht keinen strengen Maßstab an. Regelmäßig nahm es Sittenwidrigkeit nur an, wenn durch die Bindungen das wirtschaftliche Schicksal des Gebundenen weitgehend in den Händen des Vertragspartners lag.²⁾ Die Auswirkungen der Verträge auf Dritte und auf den Wettbewerb, die den Verträgen erst ihr besonderes Gepräge geben, konnten also mit § 138 BGB nicht erfaßt werden.³⁾

2. Abschnitt:

Am 2.11.1923 trat die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, bekannt unter der Bezeichnung "Kartellverordnung", in Kraft.⁴⁾ Sie bestimmt in § 1: "Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen, ähnliche Abmachungen) bedürfen der schriftlichen Form".

Nach § 4 konnte der Reichswirtschaftsminister, wenn ein derartiger Vertrag die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdete, beim Kartellgericht beantragen, daß der Vertrag für nichtig erklärt würde. Ferner konnte er anordnen, daß jeder den Vertrag fristlos kündigen konnte.

§ 9 Abs. 1 bestimmte:

"Auf Grund von Verträgen oder Beschlüssen der im § 1 bezeichneten Art dürfen ohne Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts Sicherheiten nicht verwertet und Sperren oder Nachteile von ähnlicher Bedeutung nicht verhängt werden".

1) RGZ 165, 1 ff.

2) vor allem RGZ 63, 390; RG JW 1930, S. 3471; vgl. ferner BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 39 f; LEHMPFUHL, Rolf-S.: Vertriebsbindungen, FIW-Schriftenreihe Heft 22, S. 39.

3) RGBl I, S. 1067; abgedruckt auch bei ISAY/TSCHIERSCHKY: Kartellverordnung 2. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930, S. 1 ff.

4) Vgl. vor allem BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 127.

Nach § 9 Abs. 2 ist die Einwilligung zu versagen, wenn die Maßnahme eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls enthalten oder die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen unbillig einschränken würde. Wie die §§ 4 und 9 zeigen, schuf die Kartellverordnung die Möglichkeit, Auswirkungen der Verträge auf die Gesamtwirtschaft zu berücksichtigen. Darin lag ein erheblicher Fortschritt.

Da Ausschließlichkeitsbindungen begriffsnotwendig dazu führen, daß Dritte in ihrer Abschlußfreiheit beschränkt werden, könnte eine Sperre im Sinne des § 9 Abs. 1 vorliegen. Sowohl § 4 als auch § 9 sind aber nur auf Verträge der in § 1 genannten Art anwendbar. Gebietsausschließlichkeiten im Vertrieb enthalten zwar Verpflichtungen über die Handhabung des Absatzes. Es ist aber sehr fraglich, ob § 1 überhaupt vertikale Verträge betrifft. Als Beispiele nennt § 1 Syndikate, Kartelle und Konventionen. Daraus wurde und wird allgemein geschlossen, daß es sich um Gesellschaftsverträge, also um Verträge zur Erreichung gemeinschaftlicher Zwecke, handeln müsse.¹⁾

Auch Ausschließlichkeitsbindungen konnten demnach zu einer Sperre im Sinne des § 9 führen, aber nur, wenn sich Verbände von Unternehmen zu ausschließlichem gegenseitigen Geschäftsverkehr zusammenschlossen.²⁾ Beispiele aus der Rechtsprechung, in denen § 9 angewendet wurde: Ausschließlichkeitsvertrag zwischen einem Verband von Blumenfabrikanten mit mehreren Blumenverarbeitungsunternehmen,³⁾ zwischen Berufsorganisationen aus dem Theaterwesen mit der Verpflichtung, nur miteinander Verträge zu schließen.⁴⁾ In

1) RGZ 114, 264; 128, 10; 133, 333; MÜLLENSIEFEN/DÖRINKEL: Kartellrecht, 3. Aufl., Berlin 1938, § 1 Anm. C III 12; ISAY/TSCHIERSCHKY a.a.O., § 1 Anm. 8; RITTNER, Fritz a.a.O., S. 94.

2) BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 43 Fußn. 25.

3) KG Kartellrundschaу 1924, S. 162 ff.

4) KG Kartellrundschaу 1924, S. 172 ff; 1929, S. 220 ff.

diesen Fällen war die Sperre von Außenseitern die Folge eines Vertrages der in § 1 bezeichneten Art.

Dabei war noch fraglich, ob bereits in dem Vertragsschluß eine Sperre zu erblicken war. Die herrschende Meinung¹⁾ verneinte die Frage mit der Begründung, daß die ausgesperrten Unternehmen durch den Vertrag noch nicht genügend individualisiert seien. Eine Sperre erfolge erst in dem Augenblick, in dem die Außenseiter gekennzeichnet würden.

Ausschließlichkeitsbindungen der hier behandelten Art, an denen jeweils nur ein Produzent und ein Händler beteiligt sind, wurden also nicht von der Kartellverordnung erfaßt.²⁾

3. Abschnitt:

1. Eine entscheidende Änderung vollzog sich erst nach dem Ende des zweiten Weltkriegs, als das deutsche Recht weitgehend vom Recht der Siegermächte abgelöst wurde. Bezüglich wettbewerbsbeschränkender Verträge galten seit 1947 die alliierten Dekartellierungsgesetze, und zwar in der amerikanischen Zone das Gesetz Nr. 56, in der britischen die Verordnung Nr. 78 und in der französischen die Ordinance Nr. 96.³⁾ Letztere erlangte nur geringe praktische Bedeutung.

Die amerikanische und die britische Verordnung hatten nahezu den gleichen Wortlaut. Sie untersagten grundsätzlich jede übermäßige Konzentration wirtschaftlicher Macht und fügten dieser Generalklausel zahlreiche Definitionen bei. Die Ausschließlichkeitsbindungen waren in Art. V 9 c) Ziffer 2 des amerikanischen Gesetzes Nr. 56 behandelt.

1) KG Kartellrundschau 1929, S. 222; MÜLLENSIEFEN/DÖRINKEL a.a.O., § 9 Anm. VIII 12; anderer Ansicht ISAY/TSCHIERSCHKY a.a.O., § 9 Anm. 9.

2) ISAY/TSCHIERSCHKY a.a.O., § 9 Anm. 4; BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 43; ebenso für eine Preisbindung RGZ 133, 56.

3) Zum alliierten Dekartellierungsrecht vgl. vor allem RITTNER, Fritz a.a.O., S. 95 ff; BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 70 ff; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 4 f; Frankfurter Komm., Lieferung 11, 1966, § 18 Tz. 3.

Sie wurden ebenfalls grundsätzlich verboten, wenn auch die Vorschrift nicht von der Vereinbarung selbst ausging, sondern von ihrer Wirkung, nämlich dem Ausschluß einer Person vom Markt.¹⁾

2. Die Regelung der Dekartellierungsgesetze ging damit, zumindest ihrem Wortlaut nach, noch über die an sich schon strengen Bestimmungen des inneramerikanischen Wettbewerbsrechts hinaus.²⁾ Schon bald wurde jedoch deutlich, daß ein solches generelles Verbot unrealistisch war. Sowohl bei den alliierten und deutschen Kartellbehörden als auch bei den deutschen Gerichten gewann allmählich die Überzeugung Oberhand, daß das starre allgemeine Verbot zugunsten einer individuellen Entscheidung unter Beachtung aller Einzelumstände aufzugeben sei.

Als Beispiel für diese Ansicht seitens der alliierten Behörden sei vor allem das sog. Kelleher-Schreiben vom 31.1.1951³⁾ erwähnt. Es handelt sich hierbei um ein Schreiben der "US-Decartellisation and Industrial Deconcentration Group" (DIDEG) an eine deutsche Behörde. In ihm kam zum Ausdruck, daß Ausschließlichkeitsbindungen nicht generell verboten sein sollten, sondern daß alle Umstände des Einzelfalles zu prüfen seien.⁴⁾

Die deutschen Behörden und Gerichte stellten vor allem darauf ab, ob durch die Ausschließlichkeitsbindung eine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs herbeigeführt

1) Art. V 9 c) Ziffer 2: "The exclusion of any person from any territorial market or field of activity, except insofar, as such arrangements are not designed to reduce competition and are merely bona fide marketing arrangements between a particular enterprise and its distributing agents with respect to its own products".

2) Die für Ausschließlichkeitsbindungen maßgebende Bestimmung des amerikanischen Rechts enthält Sec. 3 Clayton Act von 1914. Eine ausführliche Darstellung in deutscher Sprache bei BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 49 ff.

3) WuW/E-All. 9 = WuW 1951/52, S. 927.

4) Einzelheiten unten S. 83 ff.

werde oder nicht. Nur im ersten Fall sei ein Verbot anzunehmen.¹⁾ Insbesondere die Gerichte übernahmen damit zur Auslegung der alliierten Verordnungen Grundsätze, die im amerikanischen Recht, also besonders in der Rechtsprechung zur Clayton Act, entwickelt worden waren. Sie gingen zu Recht davon aus, daß die Dekartellierungsgesetze nach dem Vorbild des amerikanischen Wettbewerbsrechts geschaffen worden und daher innerlich mit diesem verwandt waren. Außerdem betonten sie, die alliierten Gesetze hätten nur den Zweck, die Anhäufung wirtschaftlicher Macht zu verhindern. Verträge, die eine solche Wirkung gar nicht haben könnten, seien dagegen trotz des Wortlauts der Gesetze wirksam.

Wegweisend für die deutsche Rechtsprechung war ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23.11.1951,²⁾ das die Zulässigkeit einer Ausschließlichkeitsbindung bei einem Bierlieferungsvertrag unter anderem mit dem Argument bejahte, der Umsatz des gebundenen Händlers sei im Vergleich zum Gesamtumsatz in der BRD nur gering, und deshalb führe die Bindung nicht zu einer wesentlichen Beschränkung des Wettbewerbs.³⁾ Wenn diese Rechtsprechung allerdings der Ansicht war, das so gewonnene Ergebnis entspreche der im angelsächsischen Recht entwickelten "Rule of Reason", so ist das nicht ganz richtig.⁴⁾

1) so der Bundeswirtschaftsminister in einem Gutachten über Ausschließlichkeitsbindungen im Handel mit Kraftfahrzeugersatzteilen in: WuW 1951, S. 136.

2) BGH NJW 1952, S. 344.

3) ähnlich auch BGH WuW 1952, S. 645; BGHZ 5, 71; 5, 126.

4) Die "Rule of Reason" spielt eine Rolle in den Fällen, in denen Verträge mit Ausschließlichkeitsbindungen gekoppelt sind. Diese Bindungen sind nach der angelsächsischen Rechtsprechung zulässig, wenn sie in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem Hauptinhalt des Vertrags stehen, wenn sie also zur Erreichung des Vertragszwecks vernünftigerweise nötig sind. Vgl. BIEDENZOPF, Kurt a.a.O., S. 78; KRONSTEIN, Heinrich: Neue deutsche wirtschaftsrechtliche Entscheidungen im Lichte des amerikanischen Antitrustrechts, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 1953, Heft 6; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., JZ 1954, S. 622.

Im Ergebnis ist der Rechtsprechung allerdings zuzustimmen.

3. Bezüglich Vertriebsbindungen galten keine wesentlichen Unterschiede. Auch sie unterlagen dem Wortlaut nach dem Verbot des Art. V 9 c) Ziffer 2 des Gesetzes Nr. 56, da auch durch sie Personen von bestimmten Märkten ausgeschlossen werden. Jedoch bestand auch hier weitgehend Einigkeit darüber, daß ein generelles Verbot aller Vertriebsbindungen über das Ziel hinausschießen würde und unzweckmäßig wäre. Wie schon bei den Ausschließlichkeitsbindungen, gab es auch zu der Frage der Vertriebsbindungen eine Reihe von Stellungnahmen seitens der DIDEG, von denen der sog. Blitz-Brief die größte Bedeutung erlangte.¹⁾ Er betonte, daß Vertriebsbindungen zwar grundsätzlich verboten seien, daß aber etwas anderes gelte, wenn es sich um den Verkauf von technisch komplizierten Geräten handle, deren Vertrieb besondere Sachkunde erfordere. Hier sei das Interesse des Herstellers gerechtfertigt, sich Einfluß auf den Weitervertrieb zu sichern. Außerdem habe auch der einzelne Kunde einen Vorteil, wenn er es beim Kauf mit erfahrenen Händlern zu tun habe. Dieser Auffassung schlossen sich die deutschen Behörden und Gerichte durchweg an, wobei allerdings auch hier das Ergebnis mit der Anwendung der "Rule of Reason" begründet wurde.²⁾

4. Für die speziell zu behandelnden Gebietsausschließlichkeiten im Vertrieb brauchte man jedoch, um zu einem billigen Ergebnis zu kommen, nicht auf Grundsätze außerhalb des Gesetzes Nr. 56 zurückzugreifen, da es für diese Erscheinungen selbst eine Ausnahme beinhaltete. Gemäß Art. V 9 c) Ziffer 2 waren Bindungen wirksam, wenn sie nicht dazu bestimmt waren, den Wettbewerb zu beschränken und es sich lediglich um "bona fide" abgeschlossene Absprachen zwischen einem einzelnen

1) WuW/E All. 38.

2) Vgl. Schreiben des Bundeswirtschaftsministers vom 17.12.1956 = WuW/E BMW 43; Erlaß vom 30.4.1957 = WuW/E BMW 96; ausführlich BGH WuW/E 205, 213, 331.

Unternehmen und seinen "distributing agents" bezüglich seiner eigenen Erzeugnisse handelte.¹⁾

Klargestellt wurde dann zunächst, daß die Ausnahme nicht auf Verträge anwendbar war, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckten,²⁾ ferner, daß nur Verträge einzelner Unternehmen, nicht aber solche von Unternehmensverbänden erlaubt sein sollten. Dagegen bereitete die Auslegung der Ausdrücke "bona fide" und "distributing agent" Schwierigkeiten.

Es ist anzunehmen, daß "bona fide" im Zusammenhang mit der Beschränkung des Wettbewerbs klarstellen sollte, daß die Absicht zur Wettbewerbsbeschränkung nicht durch einen äußerlich unbedenklichen Vertrag verschleiert werden dürfe. Es komme also nicht auf die äußere Form, sondern den wirklichen Zweck des Vertrages an. Man kann daher "bona fide" etwa mit "ohne Umgehungsabsicht" übersetzen.³⁾

Der Begriff "distributing agent" wurde teilweise mit "Großhandelsvertreter" übersetzt.⁴⁾ Das muß man aber als zu eng ablehnen. Einmal ist der Begriff "agent" weiter als der des Handelsvertreters. Zum anderen ist nicht ersichtlich, warum eine Beschränkung auf den Großhandel gemeint sein sollte. "Distributing" bedeutet nur, daß es sich um Agenten handeln muß, die mit der Verteilung von Waren betraut sind, die also den Vertrieb besorgen.⁵⁾

1) zum Wortlaut s.o. S. 79 Fußn. 1.

2) "to be designed to" wird im deutschen Schrifttum übersetzt mit "zum Ziel haben" (BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 83), "dazu bestimmt sein" (RITTNER, Fritz a.a.O., S. 96). WEISSENSTEIN, Robert F.: Anglo-Amerikanisches Rechtswörterbuch, Zürich 1950, übersetzt den Ausdruck mit "planen".

3) so RITTNER, Fritz a.a.O., S. 97; er zieht zur Begründung dieser Ansicht die amerikanische Rechtsprechung zu Sec. 3 Clayton Act heran.

4) REMMERT, Wilhelm: Gesetz Nr. 56, Frankfurt/M. 1947, S. 30.

5) RITTNER, Fritz a.a.O., S. 97; BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 82; JACOBSON, Hans: Die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellenvertrag in: BB 1953, S. 610.

Der Begriff "agent" schließlich kann nur schwer mit einem einzigen deutschen Wort exakt übersetzt werden.¹⁾ Zweifelsfrei fällt darunter zunächst der Handelsvertreter im Sinne des § 84 HGB, der im fremden Namen Geschäfte abschließt. In einem Memorandum vom 23.6.1949 erklärte die BIDEK²⁾ sogar, nur der Handelsvertreter könne als "agent" angesehen werden. Wie sich aber aus dem Zusammenhang ergibt, soll dies nur zur Abgrenzung gegenüber dem Eigenhändler dienen. Dieser falle auf keinen Fall unter die Ausnahme des Gesetzes für "agents", da er Eigentümer der Waren werde.³⁾ Bei der Gegenüberstellung von Handelsvertreter und Eigenhändler übersieht das Memorandum die Rechtsform des Kommissionärs. Da er aber ebensowenig wie der Handelsvertreter Eigentum an den durch ihn zu vertreibenden Waren erwirbt, bestehen wohl keine Bedenken, auch ihn als "agent" anzusehen. Während also zunächst streng zwischen Handelsvertretern und Eigenhändlern unterschieden wurde, vollzog sich bald ein Wandel in der Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen mit Eigenhändlern. Man erklärte, auch diese müßten erlaubt sein. Auch der Eigenhändler stehe in einem Vertrauensverhältnis zum Hersteller und nehme dessen Interessen wahr. Die Rechtsform, die die Beteiligten wählten, hänge von verschiedenen Gesichtspunkten, manchmal sogar vom Zufall ab. Es sei nicht gerechtfertigt, einen grundlegenden Unterschied zu machen.⁴⁾

1) WEISSENSTEIN, Robert F. a.a.O., übersetzt "agent" mit: Vertreter, Bevollmächtigter, Beauftragter.

2) "Bipartite Decartellisation Commission", vgl. WuW/E All.7.

3) Für die Ansicht, "agent" sei nur, wer nicht Eigentümer der Waren werde, spricht auch der Wortlaut des Gesetzes: "with respect to its own products", wobei sich "own" wohl auf "enterprise" bezieht; RITTNER, Fritz a.a.O., S. 97.

4) Vgl. dazu SIEG, Harald: Ausschließlichkeitsverträge und Kartellrecht in: BB 1951, S. 295; JACOBSON, Hans a.a.O., S. 610; TETZNER, Heinrich: Zur Auslegung des Mil.-Reg.-Gesetzes Nr. 56 (Amerikanische Zone) in: NJW 1952, S. 252; OLG Celle MDR 1953, S. 619; anderer Ansicht EWALD, Heinz: Die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellenvertrag - Kartellrechtliche Bedenken? in: BB 1953, S. 308.

Diese Ansicht berief sich vor allem auf den Kelleher-Brief!¹⁾ In ihm kam zum Ausdruck, Alleinvertriebsverträge stellten generell keinen Verstoß gegen das Gesetz Nr. 56 dar, ebensowenig die Verpflichtung des Vertreibenden, gewisse Beschränkungen beim Vertrieb auf sich zu nehmen. Da der Brief Alleinvertriebsverträge behandelte, ohne nach der Rechtsform des Vertreibenden zu unterscheiden, schloß man daraus mit Recht, daß auch Verträge mit Eigenhändlern regelmäßig wirksam seien.

Das bedeutete aber nicht unbedingt, wie teilweise gefolgert wurde, daß die DIDEG auch Eigenhändler als "agents" ansah.²⁾ Wenn das der Fall gewesen wäre, hätte man sämtliche Verträge mit Eigenhändlern für wirksam erklären müssen, soweit sie "bona fide" abgeschlossen waren und nicht eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten; denn weitere Voraussetzungen enthielt die Ausnahme für "agents" nicht. Das tat man aber nicht. Vielmehr erklärte der Kelleher-Brief, wenn im Einzelfall durch einen solchen Vertrag eine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt (nicht unbedingt bezweckt) würde, könne das zum Verbot führen. Das sei insbes. der Fall, wenn der Bindende durch den Vertrag eine marktherrschende Stellung erlangen könnte, oder wenn die Konkurrenz dadurch gehindert werde, sich ausreichende Absatzmärkte zu schaffen. Immer müsse im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände die Wettbewerbslage geprüft werden.

Diese Meinung entsprach nahezu vollständig der Ansicht, die zum Grundtatbestand des Art. V 9 c) Ziffer 2 geäußert und aus der amerikanischen Rechtssprechung zur Clayton Act übernommen worden war.³⁾ Die Verträge mit Eigenhändlern wurden also, wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt wurde, nicht nach der Ausnahme für "agents" behandelt, sondern praktisch nach dem - großzügig ausgelegten - Regelfall

1) s.o. S. 79

2) richtig BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S.83; ungenau z.B. SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm.4.

3) s.o. S.80.

der Bestimmung. Der Unterschied zu den normalen Ausschließlichkeitsbindungen bestand eigentlich nur noch darin, daß bei Alleinvertriebsverträgen von der Wirksamkeit ausgegangen wurde und die Unwirksamkeit die Ausnahme war, während für einfache Ausschließlichkeitsbindungen das Umgekehrte galt.¹⁾

5. Zusammenfassend galt für die Behandlung von Ausschließlichkeitsbindungen nach dem alliierten Dekartellierungsrecht also folgendes: Nach dem Wortlaut mußte jede derartige Bindung verboten sein, da durch sie Personen von bestimmten Märkten ausgeschlossen werden. Unter Heranziehung der zur Clayton Act entwickelten amerikanischen Rechtsprechung beschränkte man das Verbot aber auf Verträge, die eine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs zur Folge hatten. Für Ausschließlichkeitsbindungen im Vertrieb galt eine Ausnahme. Sie waren generell wirksam, soweit sie "bona fide" abgeschlossen waren und es sich um "distributing agents" handelte. Verträge mit Eigenhändlern fielen zwar nicht unter diese Ausnahme, wurden aber nach den Grundsätzen, die zum Regelfall des Gesetzes entwickelt worden waren, besonders großzügig behandelt.

4. Abschnitt:

Am 4.5.1955 übertrug die Alliierte Hohe Kommission die Zuständigkeit der DIDEG auf den Bundeswirtschaftsminister.²⁾ In Ermangelung eines deutschen Gesetzes wurden zunächst die Dekartellierungsbestimmungen übernommen. Am 4.7.1957 verabschiedete der Bundestag das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), und am 27.7.1957 trat es in Kraft. Mit Wirkung vom 1.1.1966 wurden durch eine Novelle zahlreiche Bestimmungen, darunter die für Ausschließlichkeitsbindungen maßgebliche des § 18, geändert. Diese Neufassung liegt der folgenden Darstellung zugrunde.

1) so JACOBSON, Hans a.a.O., S. 610.

2) Hierzu und zum folgenden MÜLLER-HENNEBERG, Hans in Gem.Komm., a.a.O., Einführung I und II.

II. Die gegenwärtige Rechtslage

1. Abschnitt:

Zur Darstellung der Gebietsausschließlichkeiten nach dem GWB ist es erforderlich, sich einen Überblick über den Aufbau des Gesetzes zu verschaffen.

1. Das GWB bringt in seinem ersten Teil unter der Überschrift "Wettbewerbsbeschränkungen" eine Zusammenstellung der Erscheinungen, die es bekämpfen will. Für das vorliegende Thema sind die beiden ersten Abschnitte besonders wichtig, die sich mit wettbewerbsbeschränkenden Verträgen im Unterschied zu tatsächlichem Verhalten (Monopolmißbrauch, Diskriminierung) befassen. Das Gesetz behandelt im ersten Abschnitt (§§ 1 - 14) ¹⁾ "Kartellverträge und Kartellbeschlüsse", im zweiten Abschnitt (§§ 15 - 21) "Sonstige Verträge".

Die Abgrenzung der beiden Gruppen wird in der Literatur nicht ganz einmütig vollzogen. Überwiegend entnimmt man aber das entscheidende Kriterium dem § 1, nämlich den Worten "Verträge zu einem gemeinsamen Zweck". ²⁾

In den Verträgen nach §§ 1 ff. schließen sich also die Beteiligten zusammen, um einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen. Zu diesem Zweck schränken sie ihre Handlungsfreiheit ein. Schuldrechtlich handelt es sich um Gesellschaftsverträge. Den "Sonstigen Verträgen" fehlt ein solches gemeinsames Merkmal. Es handelt sich hierbei um eine Reihe unterschiedlicher Erscheinungen wie Preis-, Vertriebs-, Ausschließlichkeitsbindungen, Kopplungsverträgen usw.. Was ihnen allen im Unterschied zu den §§ 1 ff gemeinsam ist,

1) Die hier und im folgenden zitierten §§ sind solche des GWB.

2) BAUMBACH/HEFERMEHL: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München, Berlin 1960, § 15 GWB Vorb. 2; Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 12; MÜLLER/GRIES: Kommentar zum GWB, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1966, § 15 Anm. 1; SCHWARTZ, Gustav in Gem. Komm. a.a.O., § 15 Vorb. 1.

beschränkt sich auf eine negative Eigenschaft, nämlich das Fehlen eines gemeinsamen Zwecks. Es handelt sich vielmehr um echte Individualverträge, bei denen jeder Partner verschiedene Interessen verfolgt.

Häufig wird der Unterschied zwischen den beiden ersten Abschnitten auch darin gesehen, daß der erste "horizontale", der zweite "vertikale" Verträge zum Inhalt habe.¹⁾ Diese Abgrenzung trifft zwar für die meisten Fälle zu, jedoch gibt es Ausnahmen. Einmal gibt es Kartelle, also Verträge zu gemeinsamem Zweck, die zwischen Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen geschlossen werden. Zum anderen kommen wettbewerbsbeschränkende Verträge zwischen Angehörigen der gleichen Wirtschaftsstufe vor, die aber nicht zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen sind, also nicht unter §§ 1 ff, sondern §§15 ff fallen.²⁾ Es ist daher besser, diese Abgrenzung nicht als die entscheidende anzusehen.³⁾

Ausschließlichkeitsbindungen können sowohl zu gemeinsamen als auch zu verschiedenen Zwecken geschlossen werden. Es sei hier an das im ersten Kapitel gebrachte Beispiel eines Vertrages erinnert, in dem mehrere Konzerne den Weltmarkt in ausschließliche Absatzgebiete aufteilen.⁴⁾ Dieser Vertrag wird zu dem gemeinsamen Zweck geschlossen, untereinander jeden Wettbewerb auszuschalten. Zur Erreichung dieses Zieles schränken alle in gleicher Weise ihre Handlungsfreiheit ein. Ein solcher Vertrag müßte nach § 1 behandelt werden.

1) GUENTHER, Eberhard: Zweieinhalb Jahre Kartellpolitik in Deutschland in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, Karlsruhe 1961, S. 90; vermittelnd RASCH/WESTRICK: Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht. Komm. zum GWB und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht, 3. Aufl., Herne, Berlin 1966, § 15 Vorb. 1.

2) Beispiele bei FIKENTSCHER, Wolfgang: "Sonstige Verträge" im GWB in: Festschrift für Alfred Hueck, München, Berlin 1959, S.547.

3) so FIKENTSCHER, Wolfgang a.a.O., S.543 f; BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., § 15 GWB Vorb. 4; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 15 Vorb. 1.

4) s.o. S. 35

Es wurde aber schon darauf hingewiesen, daß im Rahmen dieser Arbeit nur vertikale Ausschließlichkeitsbindungen behandelt werden sollen. Wie sich aus den Ausführungen im ersten Kapitel entnehmen läßt, sind die verfolgten Zwecke bei den Beteiligten sehr verschiedener Art. Auch wo die Ausschließlichkeitsbindung eine gegenseitige ist, führt das keineswegs zu einer gemeinsamen Zielsetzung. Daraus ergibt sich, daß die zu behandelnden Verträge den §§ 15 ff unterliegen, gleichgültig, welcher Ansicht bezüglich der Abgrenzung zu den §§ 1 ff man den Vorzug geben will.

Der Abschnitt "Sonstige Verträge" (§§ 15 - 21) faßt unterschiedliche Vertragstypen zusammen. Anders als im ersten Abschnitt gibt es hier aber keinen Grundtatbestand, der dem § 1 entspricht, sondern einzelne, genau umrissene, enumerative Vertragstypen. Es ist daher möglich, daß wettbewerbsbeschränkende Verträge, die nicht zu gemeinsamem Zweck geschlossen werden, gar nicht vom GWB erfaßt werden, weil sie keinem der in §§ 15 ff abschließend aufgeführten Vertragstypen entsprechen.¹⁾

2. Das Verhältnis der §§ 15 ff untereinander wird ebenfalls in der Literatur nicht ganz einmütig gesehen, insbesondere das von § 15 und § 18. § 15 enthält neben den Preisbindungen eine Regelung solcher Verträge, die eine Beschränkung der Freiheit in der Gestaltung von Geschäftsbedingungen zum Inhalt haben. In den §§ 16, 17 finden sich dazu ergänzende Bestimmungen. § 18 muß man dagegen als selbständige Vorschrift ansehen und nicht etwa als eine Variation des § 15.²⁾

Überwiegend wird im Schrifttum ferner folgende Abgrenzung

1) Das wird allerdings teilweise bestritten, z.B. von FIKENTSCHER, Wolfgang a.a.O., S. 555. Für die Frage der Ausschließlichkeitsbindungen ist der Streit aber ohne Bedeutung. Gegen FIKENTSCHER SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 15 Vorb. 1 und die h.M.

2) SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 1; RITTNER, Fritz: Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem GWB in: Betrieb 1957, S. 1091, Fußn. 5.

vorgenommen: Die Verträge des § 15 zwingen den Gebundenen, bei Verträgen mit Dritten bestimmte Bedingungen einzuhalten, insbesondere, einen festgesetzten Kaufpreis zu fordern, während in den Fällen des § 18 der Abschluß bestimmter Verträge überhaupt untersagt bzw. vorgeschrieben sei. Die Verträge des § 15 enthielten somit eine Beschränkung der Inhalts-, die des § 18 eine solche der Abschlußfreiheit.¹⁾

Diese Unterscheidung trifft zumindest auf die Verwendungsbeschränkungen des § 18 Ziffer 1, die Einschränkungen des tatsächlichen Verhaltens darstellen, nicht zu. Auch bezüglich der Kopplungsverträge des § 18 Ziffer 4 erscheint sie recht fraglich. Angesichts dieser Bedenken und des fehlenden praktischen Nutzens ist es wohl besser, auf die Unterscheidung kein großes Gewicht zu legen. Bei den Gebietsausschließlichkeiten handelt es sich allerdings ausnahmslos um Beschränkungen der Abschlußfreiheit.

3. Die in § 18 enthaltenen Vertragstypen werden im allgemeinen mit folgenden Stichworten gekennzeichnet:

Ziffer 1: Verwendungsbeschränkungen,
Ziffer 2: Ausschließlichkeitsbindungen,
Ziffer 3: Vertriebsbindungen,
Ziffer 4: Kopplungsverträge.

Wie im ersten Kapitel dargestellt wurde, lassen sich die Gebietsausschließlichkeiten nicht einer dieser Gruppen zuordnen. Sie stellen vielmehr teils Ausschließlichkeits- und teils Vertriebsbindungen dar.²⁾ Diese Tatsache führt jedoch nicht zu einer unterschiedlichen Anwendung des § 18, da die Voraussetzungen für ein Eingreifen der Kartellbehörde in allen Fällen gleich sind.

4. Neben § 18 können noch andere Bestimmungen des GWB auf Ausschließlichkeitsbindungen anwendbar sein, nämlich die

1) Frankfurter Komm. a.a.O., § 15 Tz. 1; SCHWARTZ, Gustav in Gem. Komm. a.a.O., § 15 Anm. 1, § 18 Anm. 1; BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., § 18 GWB Anm. 1; RITTNER, Fritz a.a.O., S. 1091.

2) s.o. S. 33 f.

§§ 20, 22 und 26.¹⁾ Dabei handelt es sich aber stets um besondere Tatbestände.

Nach § 20 Abs. 1 sind Verträge über Erwerb oder Benutzung von Patenten, Gebrauchsmustern oder Sortenschutzrechten unwirksam, soweit sie dem Erwerber oder Lizenznehmer Beschränkungen im Geschäftsverkehr auferlegen, die über den Inhalt des Schutzrechts hinausgehen. Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, daß Beschränkungen des Veräußerers oder Lizenzgebers nicht von der Bestimmung erfaßt werden. Die Verpflichtung des Lizenzgebers, keine weiteren Lizenzen an Dritte zu vergeben, fällt also nicht unter § 20. Streitig ist, ob sie folglich ohne weiteres erlaubt²⁾ oder nach § 1 bzw. § 18 zu beurteilen ist.³⁾

Die Sachverhalte, die von § 20 erfaßt werden, sind nicht zusätzlich nach § 1 oder § 18 zu behandeln. Insoweit handelt es sich bei § 20 um eine Sondervorschrift, die die allgemeinen Bestimmungen verdrängt.⁴⁾ Da Bindungen des Lizenzgebers aber in § 20 gar nicht behandelt sind, kann man wohl auf die allgemeinen Regeln zurückgreifen, so daß bei Verträgen zu gemeinsamem Zweck § 1, bei sonstigen Verträgen § 18 gilt.

§ 20 ist also nur auf solche Gebietsausschließlichkeiten anzuwenden, die dem Lizenznehmer auferlegt werden. Unwirksam sind nur solche Beschränkungen, die über den Inhalt des Schutzrechts hinausgehen. Weiter heißt es in § 20 Abs. 1: "Beschränkungen hinsichtlich Art, Umfang, Menge,

1) Vgl. allgemein dazu RITTNER, Fritz a.a.O., S. 1091.

2) so REIMER, Ernst in Gem.Komm. a.a.O., § 20 Anm. 21.

3) so Brief des BMW vom 21.12.1957 = WuW/E BMW 115; LAMPERT, Wilhelm: Beschränkungen der Vertragsfreiheit auf dem Patentgebiet durch den "Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" in: GRUR 1952, S. 466; unentschieden LIEBERKNECHT, Otfried: Verträge über gewerbliche Schutzrechte und sonstige technische Leistungen nach §§ 20, 21 GWB in: Betrieb 1957, S. 1012.

4) REIMER, Ernst in Gem.Komm. a.a.O., § 20 Anm. 20; Frankfurter Komm. a.a.O., § 20 Tz. 148.

Gebiet oder Zeit der Ausübung des Schutzrechts gehen nicht über den Inhalt des Schutzrechts hinaus". Die Verpflichtung des Lizenznehmers, die Lizenz nur innerhalb eines bestimmten Gebietes zu verwerten, ist also erlaubt. Die Anwendung des § 18 ist neben § 20 ausgeschlossen.

Ausschließlichkeitsbindungen können ferner nach § 22 zu behandeln sein. Diese Vorschrift gibt den Kartellbehörden Eingriffsbefugnisse gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen, wenn diese ihre Marktstellung mißbräuchlich ausnutzen. Während der Begriff "marktbeherrschend" in Abs. 1 und 2 definiert ist, fehlt eine Definition des "Mißbrauchs". Teilweise wird die Ansicht vertreten, der Begriff entspreche dem der Sittenwidrigkeit in § 138 BGB. Danach liegt ein Mißbrauch nur vor, wenn die Verhaltensweise des Unternehmens gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt und auch subjektiv verwerflich ist.¹⁾

Diese Ansicht läßt die besondere Zielsetzung des GWB außer Acht. § 22 will verhindern, daß Unternehmen auf Grund ihrer marktbeherrschenden Stellung Maßnahmen treffen, die bei wirksamem Wettbewerb nicht möglich wären und den Zwecken des GWB zuwiderlaufen.²⁾ Es wird also kein moralisches Unwerturteil gefällt, wie bei § 138 BGB, sondern nur festgestellt, daß ein bestimmtes Verhalten, das durch die marktbeherrschende Stellung ermöglicht wird, gegen die angestrebte Wettbewerbsordnung verstößt. Subjektive Vorwerf-

1) Frankfurter Komm. a.a.O., § 22 Tz. 44, 50; DICHGANS, Hans: Zum Begriff des "Mißbrauchs" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in: WuW 1958, S. 660.

2) Vgl. das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundes-Wirtschaftsministerium (BT-Drucksache IV/617, S. 96), das der Neufassung des § 22 zugrundeliegt; GUENTHER, Eberhard: Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen in: WuW 1957, S. 685; LANGEN, Eugen a.a.O., § 22 Erl. V, 1.

barkeit ist nicht erforderlich.¹⁾

Die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung kann sich, wie § 22 Abs. 3 zeigt, in der Gestaltung von Geschäftsbedingungen beim Abschluß von Verträgen äußern. Legt also ein marktbeherrschender Produzent seinen Abnehmern Ausschließlichkeitsbindungen auf, so kann die Kartellbehörde gemäß § 22 Abs. 4 eingreifen, wenn dieses Verhalten durch die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens ermöglicht wurde und es einen Mißbrauch, d.h., einen Verstoß gegen die vom GWB erstrebte Wettbewerbsordnung, darstellt.

Schließlich können Ausschließlichkeitsbindungen für § 26 von Bedeutung sein. Diese Bestimmung enthält zwei verschiedene Tatbestände, die man üblicherweise als Boykott (Abs.1) und Diskriminierung (Abs. 2) bezeichnet.

Ein Boykott liegt vor, wenn das Unternehmen A in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, das Unternehmen B veranlaßt, das Unternehmen C nicht zu beliefern. Gibt ein Produzent einem Abnehmer den Alleinvertrieb, so ist damit zwangsläufig die Nichtbelieferung Dritter, nämlich anderer Abnehmer, verbunden. Damit wären Ausschließlichkeitsbindungen häufig auch nach § 26 Abs. 1 verboten.

Dieser Auffassung ist jedoch der Bundesgerichtshof²⁾ entgegengetreten. Nach seiner Ansicht schließt die Existenz des § 18 zwar die gleichzeitige Anwendung des § 26 auf Ausschließlichkeitsbindungen nicht aus, weil die Voraussetzungen beider Tatbestände sich nicht decken.³⁾ Da aber

1) h.M.: BKartA in WuW/E 283; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht in: AcP 168, S. 253; BARTHOLOMEYCZIK, Horst in Gem.Komm. a.a.O., § 22 Anm. 84; BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., § 22 GWB Anm. 2; DÖRINKEL, Wolfram: Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB in: WuW 1959, S. 81; RASCH/WESTRICK a.a.O., § 22 Anm.25.

2) BGH GRUR 1963, S. 149.

3) so auch Frankfurter Komm. a.a.O., § 26 Tz. 118 f.

jede Ausschließlichkeitsbindung den Ausschluß Dritter zwangsläufig zur Folge habe, rechtfertige diese Folge allein die Anwendung des § 26 Abs. 1 noch nicht. Den regelmäßigen Folgen einer Ausschließlichkeitsbindung könne nur nach § 18 entgegengetreten werden. Nur wenn besondere Umstände hinzuträten, könne auch der Tatbestand des § 26 vorliegen.

Gegen die Anwendung des § 26 Abs. 1 besteht noch ein weiteres Bedenken. Der Boykott muß sich nämlich grundsätzlich gegen bestimmte einzelne Personen wenden. Diese müssen entweder namentlich bekannt sein, oder es muß sich für den Adressaten auf Grund seiner Kenntnis der Marktverhältnisse ohne weiteres ergeben, welche Unternehmen ausgeschlossen sein sollen.¹⁾ Ob danach die allgemeine Verpflichtung des Produzenten, keine anderen Händler zu beliefern, genügt, erscheint sehr zweifelhaft.

Ferner muß das bindende Unternehmen in der Absicht handeln, bestimmte Wettbewerber zu beeinträchtigen, und schließlich muß die Beeinträchtigung unbillig sein. Die Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals erfordert eine Interessenabwägung, bei der auch die Belange der Kunden zu berücksichtigen sind.²⁾ Da Alleinvertriebsvereinbarungen für die Kunden erhebliche Vorteile mit sich bringen, ist die Anwendung des § 26 Abs. 1 auch aus diesem Grund sehr fraglich. Insgesamt kann man feststellen, daß die Anwendung des § 26 Abs. 1 auf Ausschließlichkeitsbindungen zwar nicht ausgeschlossen ist, daß sie aber nur beim Vorliegen ganz besonderer Umstände möglich ist.

§ 26 Abs. 2 verbietet es, unter bestimmten Voraussetzungen andere Unternehmen unbillig zu behindern oder gleichartige Unternehmen ohne sachliche Gründe unterschiedlich zu behandeln. Auch diese Bestimmung ist grundsätzlich neben

1) BENISCH, Werner in Gem.Komm. a.a.O., § 26 Anm. 5; Frankfurter Komm. a.a.O., § 26 Tz. 121.

2) BGH GRUR 1963, S. 149.

§ 18 anwendbar.¹⁾ Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, unterliegen einzelne Unternehmen aber nur dann dem Verbot, wenn sie marktbeherrschend sind, oder wenn die betreffenden Waren preisgebunden sind.

Darüber hinaus wendet der Bundesgerichtshof²⁾ die Vorschrift aus denselben Gründen wie § 26 Abs. 1 auf Ausschließlichkeitsbindungen nur an, wenn besondere Umstände vorliegen, so daß sich die Folgen der Bindung nicht in den regelmäßigen Wirkungen einer Ausschließlichkeitsbindung erschöpfen. Schließlich wird auch für § 26 Abs. 2 verlangt, daß sich die Diskriminierung gegen einzelne, genau bezeichnete Unternehmen wendet.³⁾ Aus diesen Gründen ist auch die Anwendung des § 26 Abs. 2 auf Ausschließlichkeitsbindungen nur in Ausnahmefällen möglich.

Abgesehen von den geschilderten Sonderfällen ist jedoch die Gebietsausschließlichkeit im Vertrieb nur nach § 18 zu behandeln. § 18 setzt voraus, daß es sich um einen "Vertrag zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen" handelt. Enthalten solche Verträge Ausschließlichkeits- oder Vertriebsbindungen, so sind sie zunächst wirksam, sofern sie schriftlich abgeschlossen (§ 34) und nicht schon nach allgemeinen Bestimmungen nichtig sind. Sie können aber durch die Kartellbehörde für unwirksam erklärt und die Anwendung neuer gleichartiger Bindungen für die Zukunft verboten werden, wenn sie "für andere Unternehmen den Zugang zu einem Markt unbillig beschränken oder soweit durch das Ausmaß solcher Beschränkungen der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen wesentlich beeinträchtigt wird".

1) BGH GRUR 1963, S. 149; BKartA, Brief vom 21.8.1961 = WuW/E BKartA 384; NEUMANN, Erwin in Kartellrundschaue Heft 5, S. 102 f; ARNOLD, Hans a.a.O., WuW 1960, S. 619 f, 622; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 49.

2) BGH GRUR 1963, S. 149.

3) Frankfurter Komm. a.a.O., § 26 Tz. 121.

Diese letzteren Voraussetzungen sind zum Teil durch die Novelle vom 1.1.1966 geändert worden. Hinweise auf die frühere Regelung werden bei der Behandlung der einzelnen Tatbestandsmerkmale gegeben.

2. Abschnitt:

Nach dieser Einführung soll nun das Vorliegen des § 18 bei den einzelnen Arten der Gebietsausschließlichkeiten geprüft werden.

1. Unterabschnitt:

Als erste sind wieder die Verträge zu untersuchen, die nur eine Bindung des Herstellers enthalten, wobei davon ausgegangen wird, daß lediglich der Vertrieb im Inland auf diese Weise geregelt wird. Der Abnehmer kann zunächst als Handelsvertreter tätig sein.

1. Im Schrifttum sind zwar Verträge mit Handelsvertretern häufig benannt worden, überwiegend aber nur Bindungen auf Seiten des Abnehmers. Oft ist aber die Formulierung so allgemein, daß die Gedanken auf Bindungen des Produzenten entsprechend anwendbar sind.

Die ganz herrschende Meinung sieht den Handelsvertreter als Unternehmen im Sinne des § 18 an,¹⁾ weil er rechtlich selbständig ist (vgl. § 84 HGB). Es liege kein Vertrag "über Waren" vor, da die Waren nicht vom Produzenten dem Handelsvertreter übereignet würden, aber ein Vertrag "über gewerbliche Leistungen", weil Gegenstand des Vertrages die Vermittlung bzw. der Abschluß von Kaufverträgen sei.²⁾ Zwar könne durch solche Verträge der Zugang anderer Abnehmer zum Markt beschränkt und der Wettbewerb beeinträchtigt werden.

1) BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 233; BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., § 15 GWB Anm. 16; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 19; RITTNER, Fritz a.a.O., S. 1094; RASCH, Harold: Ausschließlichkeitsbindungen im Handelsvertreterrecht in: WuW 1958, S. 211.

2) BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., § 18 GWB Anm. 1; BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 233; RITTNER, Fritz a.a.O., S. 1095; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 19.

tigt werden. Es beständen aber für beide Vertragsparteien weitgehende Treupflichten, d.h., die Pflicht, die Interessen des anderen wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was dagegen verstoße. Die Pflicht des Produzenten, keinen anderen Abnehmer zu beliefern, ergebe sich schon aus dieser Treupflicht. Sie sei also kein wesensfremdes Element des Vertrages, sondern nur eine konkrete Ausgestaltung gesetzlicher Bestimmungen. Es sei nicht Aufgabe des § 18, Vereinbarungen zu verbieten, die in anderen Gesetzen vorgesehen seien.¹⁾

Diese Ansicht erscheint bedenklich. Fraglich ist schon, ob die aus § 242 hergeleitete Treupflicht wirklich einen so weitgehenden Inhalt hat. Zwar besteht zwischen den Parteien ein Vertrauensverhältnis, das enger ist als das zwischen den Parteien eines Austauschvertrags. Es verpflichtet beide, nicht in treuwidriger Weise die Interessen des anderen zu verletzen. Die Verpflichtung zum ausschließlichen Geschäftsverkehr läßt sich aber nicht aus der Treupflicht herleiten.

Es handelt sich dabei um eine weitgehende Beschränkung der Vertragsfreiheit, die nicht durch den Grundsatz von Treu und Glauben gefordert wird. Vielmehr ist die Vertragsfreiheit ebenso wie die Geltung von Treu und Glauben ein tragender Grundsatz der Zivilrechtsordnung. Das Prinzip der Vertragsfreiheit muß zwar manchmal zurückweichen. So besteht beispielsweise für ein Unternehmen, das ein Monopol in der Herstellung lebenswichtiger Erzeugnisse hat, Kontrahierungszwang. Von solchen extremen Fällen abgesehen, sind aber beide Grundsätze gleichwertig. Das Interesse des Handelsvertreters an der ausschließlichen Belieferung durch den Produzenten ist nicht so überragend, daß man eine der-

1) Vgl. etwa BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., § 18 GWB Anm. 1; BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 233; Frankfurter Komm. a.a.O., § 15 Tz. 37 ff, § 18 Tz. 49; RASCH/WESTRICK a.a.O., § 18 Anm. 6; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 19. Überwiegend befassen sich diese Autoren nur mit den entsprechenden Bindungen des Abnehmers.

artige Pflicht des Produzenten zwingend nach Treu und Glauben annehmen kann. Es handelt sich vielmehr um eine Beschränkung, die über die gesetzlichen Pflichten des Produzenten hinausgeht.

Selbst wenn man aber die Ausschließlichkeitsbindung als Ausfluß der Treupflicht ansieht, so besteht gegen die herrschende Meinung ein weiteres Bedenken. Es ist nämlich keineswegs selbstverständlich, daß alle Verpflichtungen, die in anderen Gesetzen enthalten sind, deshalb von vornherein nicht den Normen des GWB unterliegen können. Das hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung festgestellt, die sich mit dem Wettbewerbsverbot des Gesellschafters einer OHG befaßt. Dieses Wettbewerbsverbot ist ausdrücklich in § 112 Abs. 1 HGB vorgesehen. Der Bundesgerichtshof hat dazu ausgeführt:¹⁾

Einer Anwendung des § 1 kann auch nicht entgegengehalten werden, die Wettbewerbsbeschränkungen der §§ 112 f HGB beruhen nicht auf dem Gesellschaftsvertrag, sondern auf dispositiven Gesetzesvorschriften; "Denn mögen auch die gesetzlichen Wettbewerbsbeschränkungen in den dispositiven Vorschriften der §§ 112, 113 HGB ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden haben, so können sie doch jeweils nur dann wirksam werden, wenn sie mit den gemeinsamen Vorstellungen der Gesellschafter übereinstimmen, also von dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter getragen werden. Daraus wird deutlich, daß es sich bei diesen Wettbewerbsbeschränkungen auch immer um ein vertragliches, nämlich auf dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter beruhendes Wettbewerbsverbot handelt, wie es im Tatbestand des § 1 GWB verlangt wird. Für die Anwendung des § 1 GWB kann es keinen Unterschied machen, ob die Wettbewerbsbeschränkungen in einen Gesellschaftsvertrag ausdrücklich aufgenommen sind oder ob sie ohne besondere Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag mit Rücksicht auf die dahingehenden gemeinsamen Vorstellungen der Gesellschafter Geltung beanspruchen".

1) BGHZ 38, 316 = GRUR 1963, S. 385.

Diese Gedanken müssen entsprechend auch im Fall des § 18 gelten. Selbst wenn also die Vertragsparteien eine Vereinbarung treffen, die schon in einer dispositiven Gesetznorm enthalten ist, so bedeutet das nicht, daß damit die Geltung des § 18 automatisch ausgeschlossen ist. Die Tatsache kann zwar bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 18 zu berücksichtigen sein, aber im Prinzip bleibt die Bestimmung anwendbar. Die herrschende Meinung ist daher abzulehnen.

Ihr Fehler liegt darin, daß sie wegen § 84 HGB den Handelsvertreter ohne nähere Prüfung auch für den Bereich des GWB als Unternehmen ansieht. Der Begriff des Unternehmens ist aber nicht in allen Gesetzen gleich. Aus der unterschiedlichen Zielsetzung der Gesetze, z.B. des HGB, der Steuergesetze und des GWB, folgt vielmehr, daß in der Auslegung des Begriffs Unterschiede zu machen sind.¹⁾ Es ist nicht einmal sicher, ob innerhalb des GWB der Begriff immer im gleichen Sinne zu verstehen ist.²⁾

Das HGB regelt die Beziehungen des Handelsvertreters zu dem Produzenten, das GWB befaßt sich mit den Auswirkungen von Verträgen auf Dritte und auf den Wettbewerb als Institution. Die selbständigen Gewerbetreibenden sollen ihre Wettbewerbsfreiheit nicht auf Kosten Dritter und des Wettbewerbs vertraglich einschränken dürfen. Maßnahmen innerhalb eines einzelnen Unternehmens werden daher von § 18 nicht erfaßt, weil von vornherein auf dem Markt nur ein Anbieter bzw. Nachfrager vorhanden war.

Zwar ist der Handelsvertreter rechtlich selbständig, wirtschaftlich besteht aber eine enge Bindung an den Produzenten. Er tritt nicht selbst als Anbieter oder Nachfrager auf,

1) MÜLLER-HENNEBERG, Hans in Gem.Komm. a.a.O., § 1 Anm. 2; RITTNER, Fritz a.a.O., S. 1092; Frankfurter Komm. a.a.O., § 1 Tz. 3.

2) Vgl. MÜLLER-HENNEBERG, Hans in Gem.Komm. a.a.O., § 1 Anm. 2.

sondern nur als Vermittler des Produzenten. Dieser ist der Wettbewerber. Durch die Ausschließlichkeitsbindung scheidet er nicht aus dem Markt aus. Die Wirkungen auf den Markt sind nicht wesentlich anders, als wenn der Vertrieb durch eigene Angestellte des Produzenten durchgeführt würde. Daher erfordert der Unternehmensbegriff des § 18 mehr als rechtliche Selbständigkeit. Erforderlich ist, daß jemand wirtschaftlich unabhängig ist und auf dem Markt als selbständiger Anbieter oder Nachfrager auftritt.

Nur wenn sich durch den Vertrag die Zahl der Wettbewerber auf dem Markt verringert, wenn also ein Wettbewerber ausscheidet, liegt ein Vertrag "zwischen Unternehmen" vor. Da aber der Handelsvertreter den Produzenten auf dem Markt lediglich vertritt, ist er nicht Unternehmer im Sinne des § 18. Daher ist schon aus diesem Grund die Anwendung des § 18 ausgeschlossen, ohne daß es auf die weiteren Tatbestandsmerkmale ankommt.

Für Verträge mit Kommissionären und Kommissionsagenten gelten die obigen Ausführungen entsprechend. Die herrschende Meinung sieht sie als Unternehmen an, betrachtet aber die Folgen der Ausschließlichkeitsbindung als Ausfluß der Treupflicht und wendet § 18 daher nicht an.¹⁾

Diese Begründung ist abzulehnen. Vielmehr sind auch Kommissionäre keine Unternehmen im Sinne des § 18, weil sie keine eigenen Waren vertreiben, sondern für Rechnung des Produzenten tätig sind. Sie sind nicht selbst Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt, sondern nur Vermittler. Durch die Bindung wird die Zahl der Wettbewerber auf dem Markt nicht verringert.

2. Gewährt dagegen der Produzent das Alleinvertriebsrecht einem Eigenhändler, so liegt ein Vertrag zwischen Unternehmen vor;

1) Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 38; LOEWISCH, Manfred: Die Stellung der Produzentenhändler im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, Diss., Tübingen 1961, S. 86.

denn der Eigenhändler vertreibt die Waren für eigene Rechnung, er tritt selbst als Anbieter auf dem Markt auf. Es ist auch ein Vertrag "über Waren", da Gegenstand des Vertrags der Verkauf der Waren vom Produzenten an den Händler ist.

- a) Durch den Vertrag wird der Produzent verpflichtet, keine anderen Waren an dritte Händler zu veräußern (§ 18 Ziffer 2). Der Vertrag kann daher verboten werden, wenn durch ihn für andere Unternehmen der Zugang zu einem Markt unbillig beschränkt oder soweit durch das Ausmaß solcher Beschränkungen der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen wesentlich beeinträchtigt wird.

Seit der Novelle zum GWB vom 1.1.1966 genügt es für das Verbot, wenn eine der beiden Voraussetzungen gegeben ist. Das Wort "und" der alten Fassung wurde durch "oder" ersetzt.¹⁾

Das Verhältnis der beiden Alternativen zueinander ist nicht eindeutig. Fraglich ist schon der Schutzzweck. Die erste Alternative stellte früher darauf ab, "ob durch den Vertrag die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des gebundenen Vertragspartners oder eines Dritten unbillig eingeschränkt" wurde. Danach galt als ziemlich sicher, daß mit der ersten Alternative der Schutz einzelner Unternehmer bezweckt wurde, während die zweite den Wettbewerb als Institution schützte. Die erste Alternative stellt jetzt darauf ab, ob für Dritte der Zugang zu einem Markt unbillig beschränkt wird.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, das bedeute gegen früher nur eine genauere Formulierung, nicht aber eine sachliche Änderung, so daß Schutzobjekt nach wie vor die Bewegungsfreiheit des einzelnen sei.²⁾ Andere Schriftsteller

1) Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Neufassung NEUMANN, Erwin in Kartellrundschau Heft 5, S. 104 ff.

2) GLEISS/HIRSCH: Ausschließlichkeitsverträge nach der Novelle zu § 18 GWB in: WRP 1966, S. 17; SANDROCK, Otto: Grundbegriffe des GWB, München 1968, S. 477; SEGELMANN, Frank: Räumlich relevanter Markt im § 18 GWB in: WuW 1966, S. 944 f.

stehen auf dem Standpunkt, es sei jetzt auch in der ersten Alternative der Schutz des Wettbewerbs als Institution in den Vordergrund gerückt.¹⁾

Ohne diese Frage abschließend entscheiden zu wollen, kann festgestellt werden, daß mit der ersten Alternative zumindest auch der Schutz einzelner Unternehmer bezweckt wird. Darin besteht einer der Unterschiede zwischen beiden Alternativen. Ob Fälle denkbar sind, in denen nur eine der beiden erfüllt ist, oder ob das Vorliegen der einen stets auch zwingend das der anderen mit sich bringt, ist zweifelhaft. Auf die Frage wird noch eingegangen werden.²⁾

- b) Ein Verbot kommt also einmal in Betracht, wenn für dritte Unternehmen der Zugang zu einem Markt unbillig beschränkt wird.³⁾ Den Konkurrenten des bindenden Händlers ist es infolge der Ausschließlichkeitsbindung unmöglich, von dem gebundenen Produzenten Waren zu erwerben. Die Auswahlmöglichkeiten auf diesem Markt werden für sie eingeschränkt. Dabei ist es insoweit gleichgültig, wie man den relevanten Markt abgrenzt. Selbst wenn auf dem betreffenden Markt zehn vergleichbare Erzeugnisse angeboten werden und die Ausschließlichkeitsbindung nur eins davon betrifft, so ist dennoch der Zugang zum Markt beschränkt, weil der Abnehmer statt unter zehn nur noch unter neun Produkten auswählen kann. Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist nur für die Frage entscheidend, ob die Beschränkung unbillig, besonders, ob sie wesentlich ist.

1) DERINGER/TESSIN: Zur Auslegung der Neufassung des § 18 GWB in: WuW 1966, S. 135; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O. Novelle zu § 18 Anm. 4; LUTZ, Helmuth: Auswirkungen der Kartellgesetznovelle auf vertikale Bindungen nach § 18 GWB in: BB 1965, S. 1338.

2) s.u. S. 109

3) Die alte Fassung des § 18 stellte auch darauf ab, ob die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des gebundenen Vertragspartners eingeschränkt wurde. Dieser Teil ist weggefallen. Der Schutz des Vertragspartners kann also für § 18 keine Rolle mehr spielen. Vgl. DÖRINKEL, Wolfram: Die Novelle zum GWB in: WuW 1965, S. 819.

Die Gegenansicht, wonach schon der Begriff "Beschränkung des Zugangs" eine gewisse Erheblichkeit verlangt,¹⁾ verstößt gegen den Wortlaut des Gesetzes. Aus § 18 Satz 2 folgt, daß bei einer unwesentlichen Beschränkung lediglich die Unbilligkeit entfällt, nicht aber schon die Zugangsbeschränkung.

Weiter muß die Beschränkung unbillig sein. Dazu bestimmt § 18 Satz 2: "Als unbillig im Sinne des Satzes 1 ist nicht eine Beschränkung anzusehen, die im Verhältnis zu den Angebots- oder Nachfragemöglichkeiten, die den anderen Unternehmen verbleiben, unwesentlich ist". § 18 Satz 2 gibt also keine Definition der Unbilligkeit. Er bestimmt nur, daß eine unwesentliche Beschränkung nicht unbillig sein kann.

Die Prüfung der Unbilligkeit hat also mit der Frage zu beginnen, ob die Beschränkung, verglichen mit den verbleibenden Wettbewerbsmöglichkeiten, wesentlich ist. Zur Beantwortung der Frage muß man den für die erste Alternative des § 18 relevanten Markt ermitteln. Die Abgrenzung des relevanten Marktes muß in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht erfolgen.

In sachlicher Hinsicht versteht man unter dem relevanten Markt alle angebotenen Güter, die gleichartig sind.²⁾ Dabei richtet sich die Gleichartigkeit nach heute herrschender Ansicht nicht nach objektiven, technischen Gesichtspunkten, sondern danach, ob die Waren aus der Sicht der Verbraucher

1) DERINGER/TESSIN a.a.O., WuW 1966, S. 136 f; ähnlich Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 55.

2) Es kann hier nur eine vereinfachte Darstellung gegeben werden; vgl. vor allem BECKMANN, Peter: Die Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB in: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 6, S. 136 ff; GÜNTHER, Eberhard: Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen in: Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 47, S. 3 ff; SCHMIDT, Ingo: Relevanter Markt, Marktherrschaft und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV in: WuW 1965, S. 453 ff.

die gleiche Funktion erfüllen, ob sie nach ihrer Meinung austauschbar sind.¹⁾ Wenn sich also ein Unternehmen, das hinsichtlich einer bestimmten Ware ein Monopol hat, einem Alleinvertriebsrecht unterwirft, so kann dennoch die Beschränkung des Zugangs zum Markt für Dritte unwesentlich sein, wenn es zahlreiche Unternehmen gibt, deren Erzeugnisse dieselben Bedürfnisse der Verbraucher zu vergleichbaren Bedingungen befriedigen. Geringfügige Unterschiede im Aussehen, der technischen Ausrüstung, Wirkungsweise und im Preis beseitigen die Substitutionsmöglichkeit nicht. Letztlich entscheidet über die Frage der Austauschbarkeit die Verkehrsanschauung.²⁾

Zweifelhaft ist bei § 18 die Abgrenzung des relevanten Marktes in räumlicher Hinsicht. Ist hier immer der gesamte Markt der BRD gemeint? Das kann nicht richtig sein. Ist z.B. ein Händler nur in einem Bundesland tätig und sind bestimmte Waren in diesem Land infolge von Ausschließlichkeitsbindungen nicht erhältlich, so nützt es ihm nichts, daß die gleichen Waren in anderen Bundesländern frei verkauft werden. Da der erste Tatbestand des § 18 zumindest auch die Belange einzelner Unternehmer schützen will, müssen bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ihre Interessen berücksichtigt werden.

Man kann daher sagen: Relevant ist der Markt, auf dem die durch die Bindung ausgeschlossenen Händler normalerweise auftreten,³⁾ auf dem sie zumutbarerweise konkurrierende Waren beziehen können.⁴⁾ Bei Händlern mit einem kleinen Einzugsgebiet kann also ein Teilmarkt der BRD der relevante Markt sein,⁵⁾ zuweilen sogar eine einzige Stadt.⁶⁾

1) BECKMANN, Peter a.a.O., S. 136; MÜLLER/GRIES a.a.O., § 18 Anm. 38; Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 55.

2) MÜLLER/GRIES a.a.O., § 18 Anm. 38.

3) SEGELMANN, Frank a.a.O., S. 945.

4) DERINGER/TESSIN a.a.O., WuW 1966, S. 145.

5) DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 145; MÜLLER/GRIES a.a.O., § 18 Anm. 38.

6) SEGELMANN, Frank a.a.O., S. 945.

Die Abgrenzung des relevanten Marktes in zeitlicher Hinsicht schließlich bedeutet: Mehrere Erzeugnisse gehören nur dann zu demselben Markt, wenn sie zur selben Zeit angeboten werden.¹⁾

Aus den obigen Ausführungen folgt: Es muß zunächst der relevante Markt ermittelt werden. Die Beschränkung des Zugangs ist unwesentlich, wenn der Marktanteil des gebundenen Produzenten unerheblich ist,²⁾ oder wenn auf dem Markt, der dem Dritten zugänglich ist, hinreichend vergleichbare Produkte angeboten werden, oder wenn sich die Bindung nur auf einen Teil des räumlich relevanten Marktes erstreckt, so daß der Dritte die Waren auf dem übrigen Markt erwerben kann. Nur wenn keine oder nur wenig vergleichbare Produkte angeboten werden und die Bindung einen erheblichen Teil des Marktes erfaßt, ist die Beschränkung wesentlich. Die Entscheidung kann nur im Einzelfall getroffen werden. Wichtige Kriterien sind der Marktanteil des gebundenen Unternehmens, da seine Erzeugnisse aus dem Wettbewerb ausscheiden, die Marktmacht des bindenden Händlers, der zeitliche und räumliche Geltungsbereich der Bindung und das Vorhandensein von Substitutionskonkurrenz.

Dabei taucht ein weiteres Problem auf. Ist z.B. ein Unternehmen mit geringem Marktanteil gebunden, so können die dritten Händler auf andere Waren ausweichen. Haben aber die übrigen Produzenten ebenfalls Ausschließlichkeitsbindungen abgeschlossen, so sind für die Händler auch diese Waren unerreichbar. Die Frage ist also, ob bei der ersten Alternative des § 18 auch bereits bestehende Bindungen anderer Unternehmen berücksichtigt werden können.

Teilweise wird aus einem Vergleich mit der zweiten Alternative, in der auf das Ausmaß solcher Bindungen abgestellt wird, gefolgert, in der ersten Alternative müsse die einzelne

1) BECKMANN, Peter a.a.O., S. 134.

2) SANDROCK, Otto a.a.O., S. 431; DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 137.

Bindung isoliert untersucht werden.¹⁾

Das Gesetz verlangt, daß durch die Bindung der Zugang zum Markt erschwert wird. Erforderlich ist also Kausalität zwischen vertraglicher Bindung und Zugangsbeschränkung. Die Kausalität kann aber nicht ohne Beachtung der gesamten Marktverhältnisse geprüft werden. Eine einzelne Ausschließlichkeitsbindung kann völlig harmlos sein, wenn sie die einzige auf dem Markt ist und genügend vergleichbare Waren angeboten werden. Bestehen aber hinsichtlich einer großen Anzahl dieser Waren Ausschließlichkeitsbindungen, so kann die neue Bindung den Zugang zum Markt so beschränken, daß die Beschränkung jetzt wesentlich ist. Also kann eine, isoliert betrachtet, unwesentliche Bindung zur Folge haben, daß durch sie eine vorhandene Beschränkung wesentlich wird. Die letzte Bindung ist dann die Ursache für die Wesentlichkeit der Zugangsbeschränkung. Auch bei der ersten Alternative des § 18 kann daher die einzelne Bindung nicht isoliert betrachtet werden.²⁾

Kommt man zu dem Ergebnis, daß die Zugangsbeschränkung unwesentlich ist, so steht damit fest, daß sie auch nicht unbillig ist (§ 18 Satz 2). Ist sie dagegen wesentlich, so muß die Unbilligkeit zusätzlich geprüft werden; denn nicht jede wesentliche Beschränkung ist zugleich unbillig.³⁾

Das in § 18 geschützte Rechtsgut darf nicht in einer Weise gefährdet oder verletzt werden, die in keinem Verhältnis zu den mit der Bindung erreichten Vorteilen steht. Da Schutzobjekt der ersten Alternative des § 18 primär die wirtschaftliche Freiheit dritter Unternehmen ist, muß eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Vertragspar-

1) LUTZ, Helmuth a.a.O., S. 1337; GLEISS/HIRSCH a.a.O., WRP 1966, S. 18.

2) so im Ergebnis Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 78; MÜLLER/GRIES a.a.O., § 18 Anm. 54; DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 137 f.

3) DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 139; Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 57.

teilen und dem der am Zugang zum Markt beschränkten Dritten vorgenommen werden.¹⁾

Kein Unternehmen hat einen Anspruch darauf, daß ihm ein bestimmter Teil des Marktes gewährleistet wird. Das Wesen des Wettbewerbs besteht gerade darin, daß jedes Unternehmen bestrebt ist, seinen Umsatz notfalls auf Kosten Dritter zu erhöhen.²⁾ Dieses Bestreben ist daher grundsätzlich nicht unbillig, sondern zum Funktionieren des Wettbewerbs unerläßlich. Erst wenn die Nachteile für Dritte unverhältnismäßig größer sind als die Vorteile der Vertragsparteien, die aner kennenswert sind, ist die Beschränkung unbillig.

Auch diese Frage muß jeweils anhand aller Umstände geprüft werden.³⁾ Wichtige Kriterien sind der Marktanteil des Bindenden, das Ausmaß der auf dem Markt bestehenden Bindungen, die mit der Bindung verfolgten Ziele. Sind sie sachlich gerechtfertigt, so muß eine Beschränkung Dritter eher hingenommen werden, als wenn sachfremde Zwecke verfolgt werden, wie die Aufrechterhaltung überhöhter Preise oder das Fernhalten Dritter vom Markt.⁴⁾ Ergibt die Prüfung, daß die Zugangsbeschränkung unbillig ist, so kann die Kartellbehörde eingreifen.

1) DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 141; GLEISS/HIRSCH a.a.O., S. 18; Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 58; GUTZLER, Helmut: Die Änderung des GWB in: BB 1965, S. 920; MÜLLER/GRIES a.a.O., § 18 Anm. 41; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 34; ähnlich BGH GRUR 1963, S. 149 zu § 26.

2) DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 141; Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 58; ähnlich BKartA in WuW/E 763.

3) Zum folgenden vor allem MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., JZ 1954, S. 624; BECKMANN, Peter a.a.O., S. 97 ff.

4) BKartA in WuW/E 763; Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 58; MÜLLER/GRIES a.a.O., § 18 Anm. 42; ähnlich BGH GRUR 1963, S. 149 f (zu § 26): Der Hersteller von Kraftfahrzeugen hat ein erhebliches Interesse daran, daß die Händler Ersatzteile nur von ihm beziehen, damit Reparaturen ordnungsgemäß durchgeführt werden und der Ruf der Ware nicht leidet. Dem steht kein gleichwertiges Interesse anderer Händler, die ebenfalls Ersatzteile vertreiben wollen, gegenüber. Dabei sind nach Ansicht des BGH auch die Interessen der Kunden zu beachten.

- c) Dieselbe Möglichkeit besteht, wenn durch das Ausmaß solcher Beschränkungen der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren wesentlich beeinträchtigt wird. Diese Alternative des § 18 schützt den Wettbewerb als Institution bzw. das Interesse der Allgemeinheit an der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.¹⁾

Durch die Ausschließlichkeitsbindung wird es dem Produzenten unmöglich, seine Waren an andere Händler zu verkaufen. Der Vertrieb erfolgt nur durch einen Händler, so daß auf der Händlerebene hinsichtlich dieser Waren kein Wettbewerb mehr stattfindet. Die Frage, ob diese Wettbewerbsbeeinträchtigung wesentlich ist, läßt sich nur beantworten, wenn man den relevanten Markt bestimmt. Ob der relevante Markt der gleiche ist wie in der ersten Alternative des § 18, ist streitig.

In sachlicher Hinsicht ist der relevante Markt gleich. Es gehören dazu alle Produkte, die aus der Sicht des Verbrauchers austauschbar sind.²⁾

Fraglich ist die Abgrenzung in räumlicher Hinsicht. Teilweise wird angenommen, der relevante Markt sei in beiden Fällen des § 18 der gleiche.³⁾ Dagegen ist nach herrschender Meinung aus dem verschiedenen Schutzzweck zu schließen, daß er in beiden Fällen ein anderer sein könne.⁴⁾ Dabei ist weiter zweifelhaft, ob der relevante Markt bei der zweiten Alternative regelmäßig weiter⁵⁾ oder enger⁶⁾ zu verstehen ist als bei der ersten.

Schutzobjekt der zweiten Alternative des § 18 ist der Wett-

1) SEGELMANN, Frank a.a.O., S. 947.

2) s.o. S. 102f; dagegen nimmt das BKartA in WuW/E 764 wohl an, daß die Erzeugnisse eines einzigen Produzenten einen Markt für sich darstellen; vgl. dazu Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 33; wie hier aber BKartA in WuW/E 64, 75 ("Melitta").

3) GLEISS/HIRSCH a.a.O., WRP 1966, S. 18.

4) SEGELMANN, Frank a.a.O., S. 947; DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 144; GUTZLER, Helmut a.a.O., S. 920.

5) so DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 145, wonach bei der zweiten Alternative regelmäßig auf den gesamten Markt der BRD abzustellen ist.

6) so SEGELMANN, Frank a.a.O., S. 947.

bewerb, d.h., das Interesse der Allgemeinheit am Funktionieren des Wettbewerbs. Da nur ein Händler die Waren vertreibt, hat der Zweitabnehmer keine Möglichkeit, die Preise zu vergleichen und das günstigste Angebot auszuwählen. Er kann zwar ähnliche Produkte anderer Hersteller erwerben. Eine echte Vergleichsmöglichkeit hat er aber nur, wenn die gleichen Waren von verschiedenen Händlern angeboten werden. Die Allgemeinheit, die hier durch die Zweitabnehmer und Verbraucher repräsentiert wird, hat also ein Interesse daran, daß der Wettbewerb unter den Händlern erhalten bleibt.¹⁾ Das gilt nicht nur für den Gesamtmarkt der BRD; denn es nützt der Allgemeinheit nichts, wenn die gebundenen Waren in anderen Teilen der BRD frei erhältlich sind, da der Tätigkeitsbereich der Zweitabnehmer und Verbraucher begrenzt ist. Räumlich relevant ist daher der Markt, auf dem die Allgemeinheit jeweils ihren Bedarf deckt. Er wird regelmäßig enger sein als in der ersten Alternative des § 18.

Ist auf diese Weise der relevante Markt abgegrenzt, so muß weiter geprüft werden, ob die Beeinträchtigung des Wettbewerbs wesentlich ist. Man muß also die jetzt bestehenden Wettbewerbsverhältnisse mit denen vergleichen, die ohne die Bindung bestehen würden. Da § 18 auf das Ausmaß der Bindungen auf dem Markt abstellt, müssen auch die auf dem Markt bereits vorhandenen Bindungen anderer Unternehmen berücksichtigt werden.²⁾

Wesentlich ist die Beeinträchtigung, wenn die Bindungen die Funktion des Wettbewerbs fühlbar nachteilig beeinflussen.³⁾ Besteht nur eine Bindung auf dem Markt, so wird eine wesentliche Beeinträchtigung nur vorliegen, wenn der Produzent einen erheblichen Marktanteil hat und nennenswerte Substitute nicht existieren.⁴⁾ Sind dagegen Ausschließlichkeits-

1) Vgl. BECKMANN, Peter a.a.O., S. 99; DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 145.

2) allgemeine Ansicht; statt aller GLEISS/HIRSCH a.a.O., S.19.

3) MÜLLER/GRIES a.a.O., § 18 Anm. 51; Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 70; BKarta in WuW/E 64 und 764.

4) Vgl. den Fall "Melitta" BKARTA in WuW/E 64.

bindungen auf dem Markt weit verbreitet, so kann auch die Bindung eines weniger mächtigen Unternehmens den Wettbewerb wesentlich stören. Die Beeinträchtigung ist nur dann unwesentlich, wenn die verbleibenden Angebots- und Nachfragemöglichkeiten ausreichen, um das Funktionieren des Wettbewerbs zu gewährleisten. Die für die Entscheidung maßgeblichen Kriterien sind im wesentlichen die gleichen wie bei der ersten Alternative des § 18.¹⁾

Das wirft die Frage auf, ob überhaupt Fälle denkbar sind, in denen nur einer der Tatbestände des § 18 gegeben ist. Zweifellos besteht zwischen beiden ein innerer Zusammenhang. Im Regelfall liegt eine unbillige Zugangsbeschränkung nur vor, wenn der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird. Erfasst die Bindung dagegen nur einen unbedeutenden Marktanteil, so ist keiner der Tatbestände erfüllt. Beide fallen daher gewöhnlich zusammen.²⁾

Es sind aber Ausnahmen denkbar. Wenn man der Ansicht folgt, daß parallele Bindungen anderer Unternehmen auf dem Markt nur beim zweiten Tatbestand des § 18 berücksichtigt werden dürfen, so sind schon aus diesem Grund verschiedene Ergebnisse möglich. Die Ansicht ist aber abzulehnen.³⁾

Es wurde jedoch festgestellt, daß der Schutzzweck in beiden Fällen ein anderer ist und deshalb die Abgrenzung des relevanten Marktes in räumlicher Hinsicht unterschiedlich sein kann.⁴⁾ Diese Tatsache kann dazu führen, daß nur einer der beiden Tatbestände erfüllt ist.⁵⁾

3. Betrafen die bisherigen Alleinvertriebsrechte den Vertrieb innerhalb der BRD, so sollen jetzt diejenigen untersucht werden, die lediglich den Export zum Inhalt haben.

1) s.o. S. 104.

2) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 623; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., Novelle § 18 Anm. 9; GLEISS/HIRSCH a.a.O., S. 66; SANDROCK, Otto a.a.O., S. 477; LEO, Hans-Christoph: Der Ausschließlichkeitsvertrag in den Entwürfen für eine Reform des GWB in: WRP 1964, S. 331.

3) s.o. S. 104 f.

4) s.o. S. 107.

5) Vgl. DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 145; GUTZLER a.a.O., S. 920.

- a) Beispiel: Der deutsche Hersteller A gibt dem deutschen Händler B den Alleinvertrieb seiner Waren für den französischen Markt. Anders als § 15 enthält § 18 keine Klausel, durch die der räumliche Anwendungsbereich abgegrenzt wird. Da § 18 keine Sonderregelung des § 15 ist, kann man die Regelung des § 15 auch nicht übernehmen. Es kommt daher die generelle Vorschrift des § 98 Abs. 2 zur Anwendung. Sie bestimmt, daß das GWB auf alle Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar ist, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken.¹⁾

Teilweise wird die Ansicht vertreten, § 98 Abs. 2 regle nur solche Wettbewerbsbeschränkungen, die von Ausländern oder im Ausland veranlaßt worden seien.²⁾ Diese Ansicht ist jedoch mit dem Wortlaut der Vorschrift unvereinbar. Wenn alle Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt werden sollen, dies sich im Bereich der BRD auswirken, so ist für eine einschränkende Auslegung kein Raum.³⁾ Auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß die Vorschrift ebenfalls für solche Beschränkungen gelten soll, die von Inländern ausgehen, aber exportbezogen sind.⁴⁾

§ 18 wird also durch § 98 Abs. 2 konkretisiert. Ein Vertrag kann nur verboten werden, wenn dadurch für andere Unternehmen der Zugang zu einem deutschen Markt unbillig beschränkt

1) Die allgemeine Problematik des § 98 Abs. 2 wird umfassend dargestellt von SCHWARTZ, Ivo: Deutsches Internationales Kartellrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1962 und REHBINDER, Eckard: Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, Baden-Baden 1965.

2) MÜLLER-HENNEBERG, Hans: Zur Auslegung des § 6 GWB in: WuW 1961, S. 310; JESSEN, Uwe: Die Grenzen der Zulässigkeit von Exportkartellen in: AWD BB 1960, S. 137.

3) REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 108; MAYER-WEDELIN, Heinz in Gem.Komm. a.a.O., § 98 Anm. 9; BARUCH, Wolfgang: Zum Anwendungsbereich des GWB in: WuW 1961, S. 532.

4) Vgl. vor allem REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 108 ff; PINDER, Wolfgang: Grundsatzfragen des neuen Bundesrechtes für Exportkartelle in: WuW 1958, S. 578.

oder soweit durch das Ausmaß solcher Bindungen der Wettbewerb auf einem deutschen Markt wesentlich beeinträchtigt wird.

Durch das Alleinvertriebsrecht werden Konkurrenten des Händlers daran gehindert, die Waren zum Zwecke des Exports zu beziehen und sie auf dem ausländischen Markt anzubieten. Nach der herrschenden Meinung wirkt sich diese Beschränkung nur auf dem ausländischen Markt aus, da die Händler nur dort als Wettbewerber ausscheiden. Deshalb sei das GWB nicht anwendbar.¹⁾

Diese Ansicht erscheint bedenklich. Soweit die deutschen Händler als Anbieter auf dem ausländischen Markt ausscheiden, wirkt sich das allerdings nur außerhalb des Geltungsbereichs des GWB aus. Die Händler werden aber auch im Bezug der Waren eingeschränkt. Sie können die Waren zwar zum Weiterverkauf in der BRD erwerben, nicht aber zum Export.

Daß auch der Schutzzweck des § 18 ein Eingreifen erfordert, wird besonders deutlich, wenn ein Händler fast ausschließlich exportiert. Das Alleinvertriebsrecht führt dazu, daß ihm diese Möglichkeit genommen wird und er unter Umständen seine Existenzgrundlage verliert. Die Tatsache, daß der Händler die Waren beziehen kann, genügt also nicht, um eine Zugangsbeschränkung zu verneinen. Ist ihm der Bezug nur unter der Einschränkung gestattet, daß er nicht exportiert, so ist der Zugang zum Markt beschränkt. Da sich das auf dem inländischen Markt auswirkt, ist § 18 grundsätzlich anwendbar.²⁾

1) SCHWARTZ, Ivo a.a.O., S. 65; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 14; MAYER-WEGELIN, Heinz in Gem.Komm. § 98 Anm. 11; GLEISS/DERINGER/LUTZ: Außenhandelsverträge im GWB in: AWD BB 1958, S. 5; GLEISS/LUTZ: Die Stellung des Exporteurs im GWB in: AWD BB 1958, S. 158.

2) REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 201; im Ergebnis auch BARUCH, Wolfgang a.a.O., S. 538 und WÜRDINGER, Hans: Exportkartell und EWG in: WuW 1960, S. 322, deren Argumentation jedoch durch die Neufassung des § 18 weitgehend hinfällig geworden ist.

Es kommt also darauf an, ob die Beschränkung unbillig ist, wobei zunächst die Wesentlichkeit geprüft werden muß. Dabei gilt nichts anderes als bei inländischen Ausschließlichkeitsbindungen.¹⁾ Die Entscheidung kann nur im Einzelfall getroffen werden.

Auch der Wettbewerb auf dem inländischen Markt kann durch die Vereinbarung beeinträchtigt werden. Die Folge, daß die Waren im Ausland nur durch einen Händler angeboten werden, ist zwar wegen § 98 Abs. 2 für das GWB irrelevant. Die dritten Händler können aber die Waren im Inland nicht ohne Beschränkungen beziehen. Dadurch werden die Wettbewerbsverhältnisse im Inland verzerrt, da dem exportberechtigten Händler beim Bezug im Inland ein künstlicher Wettbewerbsvorteil eingeräumt wird. Deshalb kann auch die zweite Alternative des § 18 in solchen Fällen eingreifen.²⁾ Dabei ist die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung wie bei inländischen Bindungen zu ermitteln.³⁾

Das Alleinvertriebsrecht für einen ausländischen Markt kann ferner einem ausländischen Händler gegeben werden. Die Tatsache, daß an diesem Vertrag ein ausländischer Gewerbetreibender beteiligt ist, schließt die Anwendung des § 18 nicht aus, da § 98 Abs. 2 nur auf die Auswirkungen abstellt.

Verpflichtet sich der Produzent nur, keinen anderen französischen Händler zu beliefern, so treten die Zugangsbeschränkung Dritter und die Beeinträchtigung des Wettbewerbs nur auf dem französischen Markt auf. Bezug und Vertrieb der Waren im Inland sind von Beschränkungen frei. Verpflichtet sich der Produzent aber zusätzlich, allen inländischen Abnehmern den Export zu untersagen, gewährt er also absoluten Gebietsschutz, so sind deutsche Händler im Bezug der Waren auf dem deutschen Markt beschränkt. § 18 kann also ebenso eingreifen wie bei dem Alleinexportrecht eines deutschen Händlers.

1) s.o. S. 101 ff.

2) REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 201 f; anders auch hier die h.M.; s.o. S. 111 Fußn. 1.

3) s.o. S. 107 ff.

- b) Der umgekehrte Fall liegt vor, wenn beispielsweise ein französischer Produzent einem französischen Händler den Alleinvertrieb für die BRD gibt. § 98 Abs. 2 stellt ausdrücklich klar, daß auch im Ausland veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen vom GWB erfaßt werden können. Wieder kommt es nur auf die Auswirkungen an.

Die Vereinbarung hat zur Folge, daß kein deutscher Händler die Waren beziehen und in der BRD weiterverkaufen kann. Für ihn wird der Zugang zum inländischen Markt mit diesen Waren beschränkt. Er kann auf dem inländischen Markt nicht als Anbieter auftreten. Das zeigt sich besonders, wenn ein Händler weitgehend vom Vertrieb importierter Waren lebt. Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auf dem deutschen Markt soll geschützt werden, gleichgültig, ob die betreffenden Waren in Deutschland produziert oder vom Ausland importiert werden. Daher liegt eine Zugangsbeschränkung im Sinne des § 18 vor.¹⁾

Auf dem deutschen Markt wird die Ware nur von einem Händler angeboten. Der Wettbewerb auf der Händlerebene wird also ausgeschaltet. Auch hier kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um in- oder ausländische Waren handelt. Daher kann auch der zweite Fall des § 18 erfüllt sein.²⁾

Das Ergebnis ist gleich, wenn der ausländische Produzent das Alleinvertriebsrecht für Deutschland einem deutschen Händler gibt. Allen anderen deutschen Händlern ist der Zugang zu diesen Waren unmöglich, und der Wettbewerb auf der Händlerebene in Deutschland ist ausgeschaltet.³⁾

- c) Sind an Ausschließlichkeitsbindungen ganz oder teilweise ausländische Unternehmen beteiligt, so stellt sich die weitere Frage, welche Behörden zur Anwendung des § 18 zuständig sind und wie sich die Durchführung des Gesetzes praktisch vollzieht. Diese Probleme können jedoch nur kurz berührt werden.

1) SCHWARTZ, Ivo a.a.O., S. 66; REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 203.

2) SCHWARTZ, Ivo a.a.O., S. 66; REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 203.

3) REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 203; GRAUPNER, R. a.a.O., S. 108.

Die Frage, ob deutsche Behörden zur Anwendung des § 18 zuständig sind, richtet sich nach herrschender Meinung nach dem materiellen Recht. Ist die materiellrechtliche Vorschrift gemäß § 98 Abs. 2 anwendbar, so folgt daraus ohne weiteres die Zuständigkeit der deutschen Behörden.¹⁾ Nach einer anderen Ansicht ist zur Zuständigkeit darüber hinaus erforderlich, daß sich das ausländische Unternehmen wirtschaftlich oder rechtlich im Inland betätigt.²⁾

Folgt man der herrschenden Meinung, so sind also die deutschen Behörden zur Anwendung des § 18 immer dann zuständig, wenn die Voraussetzungen des § 18 gemäß § 98 Abs. 2 vorliegen. Damit steht aber noch nicht fest, ob das Gesetz auch praktisch durchgesetzt werden kann. Das im Völkerrecht geltende Territorialitätsprinzip beschränkt nämlich die Tätigkeit der Behörden eines Staates auf das Staatsgebiet. Maßnahmen auf dem Gebiet eines fremden Staates sind unzulässig. Daraus folgt: Die Maßnahmen der deutschen Kartellbehörde sind gegenüber ausländischen Unternehmen nur durchsetzbar, wenn sie von dem ausländischen Staat anerkannt werden oder wenn das betreffende Unternehmen im Inland eine Niederlassung, Vertretung oder wenigstens Vermögen besitzt.³⁾ Damit stimmt diese Ansicht im Ergebnis mit der oben dargestellten Gegenansicht etwa überein.

2. Unterabschnitt:

Die bisherigen Ausführungen betrafen Bindungen, die dem Produzenten auferlegt wurden. Diesen stehen Beschränkungen

1) Diese Ansicht geht auf NEUMEYER, Karl: Internationales Verwaltungsrecht, 4. Band, Zürich, Leipzig 1936, S. 155, 471 zurück und ist heute h.M.; vgl. statt aller REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 330 f mit weiteren Nachweisen in Fußn. 115 f.

2) vor allem SCHWARTZ, Ivo a.a.O., S. 161 ff; ders.: Anwendbarkeit nationalen Kartellrechts auf internationale Wettbewerbsbeschränkungen in: Kartelle und Monopole Band II, S. 675 ff.

3) statt aller REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 334 ff, 339.

des Vertreibenden gegenüber. Besonders häufig verpflichtet er sich, keine Konkurrenzerzeugnisse zu vertreiben. Diese Bindung wird, da sie keine Gebietsausschließlichkeit ist, nicht behandelt. Eine Gebietsausschließlichkeit liegt dagegen vor, wenn sich der Händler verpflichtet, die Waren nur innerhalb eines bestimmten Gebietes zu verkaufen. Derartige Bindungen gehören nach der Terminologie des § 18 zu den Vertriebsbindungen (Ziffer 3).¹⁾ Jedoch sind die Voraussetzungen für ein Eingreifen der Kartellbehörde die gleichen wie bei den Ausschließlichkeitsbindungen nach Ziffer 2.

1. Als erste Gruppe sollen wieder Verträge mit Handelsvertretern, Kommissionären und Kommissionsagenten untersucht werden. Die herrschende Meinung argumentiert wie bei den Bindungen des Produzenten.²⁾ Sie sieht die Händler als "Unternehmen" und die Verträge als "Verträge über gewerbliche Leistungen" an.³⁾ Sie räumt ein, daß durch derartige Verträge der Zugang zum Markt beschränkt und der Wettbewerb beeinträchtigt werden könne, sieht aber diese Folgen als Ausfluß der Treupflicht und damit als erlaubt an.⁴⁾ Diese Ansicht ist aus denselben Gründen wie bei Bindungen des Produzenten abzulehnen.⁵⁾ Einmal ist sehr fraglich, ob eine derart weitgehende Beschränkung der Vertragsfreiheit noch von der Treupflicht gedeckt wird.⁶⁾ Zum anderen

1) s.o. S. 34.

2) s.o. S. 95 ff.

3) Vgl. BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 233; BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., § 15 GWB Anm. 16; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 19; anderer Ansicht: RITTNER, Fritz: Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem GWB in: Betrieb 1957, S. 1091, 1118; RASCH, Harold: Ausschließlichkeitsbindungen im Handelsvertreterrecht in: WuW 1958, S. 208. Sie lehnen die Anwendung des § 18 ab, weil kein Vertrag "über gewerbliche Leistungen" vorliege.

4) BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., § 18 GWB Anm. 1; BIEDENKOPF, Kurt a.a.O., S. 233; Frankfurter Komm. a.a.O., § 15 Tz. 37 ff; § 18 Tz. 49; RASCH/WESTRICK a.a.O., § 18 Anm. 6; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 19.

5) s.o. S. 96 ff.

6) s.o. S. 96 f.

können auch Beschränkungen, die in anderen Gesetzen vorgesehen sind, nach dem GWB verboten sein.¹⁾

Vielmehr scheitert die Anwendbarkeit des § 18 auch hier daran, daß Handelsvertreter und Kommissionäre keine Unternehmen im Sinn des § 18 sind, weil sie auf dem Markt nicht als selbständige Anbieter und Nachfrager auftreten, sondern Produkte des Herstellers in dessen Namen bzw. für dessen Rechnung vertreiben.²⁾ Im Ergebnis besteht jedoch zu der herrschenden Meinung kein Unterschied.

2. Verpflichtet sich dagegen ein Eigenhändler, die Waren nicht außerhalb eines bestimmten Gebietes zu vertreiben, so liegt ein Vertrag zwischen Unternehmen über Waren vor, da der Eigenhändler als selbständiger Anbieter auf dem Markt auftritt.

a) Bei der Bindung des Produzenten waren es die Konkurrenten des bindenden Händlers, deren Zugang zum Markt beschränkt wurde. Durch die Bindung des Händlers werden die Zweitabnehmer beschränkt. Sie können, soweit sie ihren Sitz außerhalb des Vertragsgebiets haben, die Waren nicht von dem gebundenen Händler beziehen. Ist der gesamte Markt der BRD in Alleinvertriebsgebiete aufgeteilt, so kann jeder Zweitabnehmer die Waren nur bei einem ganz bestimmten Händler kaufen. Das genügt zur Annahme einer Zugangsbeschränkung. § 18 setzt nicht voraus, daß eine Ware für einzelne Abnehmer völlig unerreichbar wird.³⁾ Es genügt eine Einschränkung der Möglichkeit, unter verschiedenen Händlern mit den gleichen Erzeugnissen eine Wahl zu treffen.

Unbillig ist die Beschränkung nur, wenn sie wesentlich ist (§ 18 Satz 2). Man muß also den relevanten Markt ermitteln. Sachlich wird er von allen Gütern gebildet, die aus der Sicht der Verbraucher austauschbar sind.⁴⁾ Bei der Abgrenzung

1) s.o. S. 97 f, vor allem BGHZ 38, 316 = GRUR 1963, S. 385.

2) Einzelheiten s.o. S. 98 ff.

3) Vgl. für einen solchen Fall BKartA in WuW/E 762: Der Abnehmer verpflichtete sich, nicht an Discount-Geschäfte zu liefern.

4) s.o. S. 102 f.

in räumlicher Hinsicht muß man auf den Schutzzweck der ersten Alternative des § 18 abstellen. Da die wirtschaftliche Freiheit der Zweitabnehmer geschützt werden soll, ist relevant der Markt, auf dem sich diese in zumutbarer Weise eindecken können.¹⁾ Ist der Marktanteil des bindenden Produzenten gering oder gibt es genügend Substitutionsgüter, so wird die Beschränkung nicht wesentlich sein.

Ist sie aber wesentlich, so muß zusätzlich die Unbilligkeit geprüft werden. Dazu ist eine Interessenabwägung erforderlich. Zu beachten ist, daß die Bindung häufig erhebliche Vorteile für den Verbraucher mit sich bringt, wie intensive Bearbeitung des Marktes, Gewährleistung von Kunden- und Reparaturdienst usw. Unbillig ist die Beschränkung nur, wenn die Nachteile für die Zweitabnehmer in einem krassen Mißverhältnis zu den von den Vertragsparteien erstrebten Zwecken stehen. Das wird vor allem dann der Fall sein, wenn die Bindung zur Aufrechterhaltung überhöhter Preise dient.

Durch die Bindung wird ferner der Wettbewerb auf der Händlerebene ausgeschaltet.²⁾ Da die zweite Alternative des § 18 das Interesse der Allgemeinheit am Funktionieren des Wettbewerbs schützen soll,³⁾ ist räumlich relevant der Markt, auf dem die Allgemeinheit ihren Bedarf deckt. Hat das bindende Unternehmen auf diesem Markt einen großen Marktanteil und gibt es keine oder nur wenige Substitutionsgüter, so ist die Beeinträchtigung wesentlich.

b) Verpflichtet sich der Eigenhändler, die bezogenen Waren nicht zu exportieren, so kommt die Anwendung des § 18 nur in Betracht, wenn zusätzlich die Voraussetzungen des § 98 Abs. 2 vorliegen.⁴⁾ Verschiedene Fälle sind möglich:

1) Ein deutscher Händler verpflichtet sich, die Waren eines deutschen Produzenten nicht in andere Staaten zu exportieren.

1) s.o. S. 103 ff; vgl. auch BECKMANN, Peter a, a.O., S. 98.

2) s.o. S. 107.

3) s.o. S. 107.

4) s.o. S. 110 ff.

Die Zweitabnehmer im Ausland werden am Bezug der Waren gehindert. Das wirkt sich im Geltungsbereich des GWB nicht aus. Im Inland kann jeder die Waren beziehen. Auch der Wettbewerb auf der Händlerebene wird nur im Ausland ausgeschaltet. Wegen § 98 Abs. 2 unterliegen deshalb solche Exportverbote dem § 18 nicht.¹⁾

2) Der deutsche Händler verpflichtet sich darüber hinaus, den Re-Import der Waren in die BRD zu unterlassen. § 18 ist anwendbar, weil die Zweitabnehmer in der BRD am Zugang zu dem Markt beschränkt und der Wettbewerb in der BRD beeinträchtigt wird.²⁾

3) Ein ausländischer Produzent verbietet seinem Abnehmer den Export in die BRD. Obwohl nur ausländische Unternehmen beteiligt sind und es sich um ausländische Waren handelt, ist § 18 anwendbar, weil die Zugangsmöglichkeiten deutscher Händler beschränkt und der Wettbewerb auf dem deutschen Markt beeinträchtigt wird.³⁾

4) Der ausländische Produzent verbietet seinem Abnehmer den Re-Import. § 18 ist nicht anwendbar, da die Vereinbarung keine Auswirkungen auf den inländischen Markt hat.

3. Unterabschnitt:

Als letzte sind die Verträge zu untersuchen, in denen sich sowohl der Hersteller als auch der Händler einer Gebietsausschließlichkeit unterwirft. Es liegt hier eine Kombination von Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindung im Sinne des § 18 vor, wobei die rechtliche Behandlung nicht anders ist als bei einseitigen Bindungen.

Verträge mit Handelsvertretern und Kommissionären sind erlaubt, weil es sich nicht um Verträge zwischen Unternehmen handelt.⁴⁾

1) Vgl. die auf S. 111 Fußn. 1 angegebene Literatur; ferner NEUMANN, Erwin in Betrieb 1959, S. 479; REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 202.

2) SCHWARTZ, Ivo a.a.O., S. 68; SCHOLZ, Ulrich a.a.O., in WRP 1963, S. 263; REHBINDER, Eckard a.a.O., S. 204.

3) s.o. S. 113 ff, auch zur Frage der Durchsetzbarkeit.

4) s.o. S. 95 ff und 115 f.

Verträge mit Eigenhändlern, die den Vertrieb im Inland betreffen, können § 18 unterliegen, wenn die Zugangsbeschränkung für Dritte unbillig und die Beeinträchtigung des Wettbewerbs wesentlich ist. Exportbeschränkungen können wegen § 98 Abs. 2 nur verboten werden, wenn sie sich auf dem inländischen Markt auswirken. Das ist der Fall bei Alleinvertriebsrechten für deutsche Händler,¹⁾ nicht aber bei Exportverboten von der BRD ins Ausland.²⁾ Auch im Ausland veranlaßte Alleinvertriebsrechte und Exportverbote, die den Vertrieb in die BRD regeln, können verboten sein.³⁾

4. Unterabschnitt:

Liegen die Voraussetzungen des § 18 vor, so hat die Kartellbehörde das Recht, die Vereinbarung für unwirksam zu erklären. Die Erklärung hat konstitutive Wirkung. In § 18 gilt also das Mißbrauchsprinzip im Gegensatz zu §§ 1, 15, 20, die Beispiele für das Verbotsprinzip, d.h., per-se-Nichtigkeit beim Vorliegen der Tatbestandsmerkmale, sind.

Die Kartellbehörde kann ferner die Anwendung neuer gleichartiger Bindungen verbieten.⁴⁾ Sie kann also eine nicht individualisierte Vielzahl von Bindungen gleicher Art auch für die Zukunft verbieten. Schließen die Beteiligten z.B. nach dem Verbot erneut einen Vertrag mit im wesentlichen gleichem Inhalt und aus den gleichen Gründen, so ist diese Vereinbarung auf Grund des früheren Verbots untersagt, ohne daß es einer neuen Erklärung der Kartellbehörde bedarf. Die Frage, ob eine neue Bindung der verbotenen gleichartig ist, wird allerdings oft nur schwer zu beantworten sein.⁵⁾

1) s.o. S. 111 f.

2) s.o. S. 118.

3) s.o. S. 113 und 118.

4) Vgl. dazu GLEISS/HIRSCH a.a.O., S. 19; LUTZ, Helmuth a.a.O., S. 1339. In der alten Fassung des § 18 hieß es: "...die Anwendung einer neuen Bindung..."

5) Vgl. Frankfurter Komm. a.a.O., § 18 Tz. 97 f.

4. Kapitel: Die Behandlung der Gebietsausschließlichkeiten nach Art. 85 EWG-Vertrag.

1. Teil:

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) wurde am 25.3.1957 in Rom geschlossen und trat am 1.1.1958 in Kraft. Wie schon in der Präambel zum Ausdruck kommt, waren die Gründer unter anderem von dem Wunsch erfüllt, zur Beseitigung der Beschränkungen im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr beizutragen. Wenn dabei auch wohl in erster Linie an staatliche Beschränkungen gedacht war, so läßt sich doch schon hier der Wille erkennen, mit Hilfe des Vertrags auch gegen private Maßnahmen vorzugehen, sofern diese geeignet sind, den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr zu behindern und damit im Ergebnis einer staatlichen Beschränkung nahekommen.

Dieser Gedanke findet sich auch im Katalog des Art. 3¹⁾, der einen Überblick über die Ziele der Gemeinschaft gibt. Es heißt dort unter f): die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt.

1. Zur Erreichung dieses Ziels hat die Gemeinschaft in den Art. 85 - 94 eigene Wettbewerbsregeln geschaffen. Das Kapitel "Wettbewerbsregeln" zerfällt in die Abschnitte:

1. Vorschriften für Unternehmen, Art. 85 - 90,
2. Dumping, Art. 91,
3. Staatliche Beihilfen, Art. 92 - 94.

Für die Behandlung der Gebietsausschließlichkeiten ist lediglich der erste Abschnitt von Bedeutung, in dem materielle und Verfahrensvorschriften enthalten sind. Gestützt auf eine in Art. 87 niedergelegte Ermächtigung, hat der Rat der Gemeinschaft am 6.2.1962 die Erste Durchfüh-

1) Artikel ohne Bezeichnung sind solche des EWG-Vertrags.

rungungsverordnung (VO Nr. 17)¹⁾ zu den Art. 85 und 86 erlassen. In Art. 24 dieser Verordnung hat er seinerseits die Kommission ermächtigt, Ausführungsbestimmungen zu einzelnen Artikeln zu erlassen. Das ist am 3.5.1962 mit der Ersten Ausführungsverordnung zur VO Nr. 17 (VO Nr. 27) geschehen.¹⁾

2. Bis zum Erlaß der VO Nr. 17 war zweifelhaft, ob die Art. 85 ff bereits unmittelbar geltendes Recht oder lediglich unverbindliche Programmsätze seien.²⁾ Der Europäische Gerichtshof hat sich in dem sog. "Bosch"-Urteil vom 6.4.1962 für die unmittelbare Geltung entschieden und dazu ausgeführt: "Die Frage (Anm.: ob Art. 85 mit Inkrafttreten des Vertrages anwendbar war) ist im Grundsatz zu bejahen. Indem Art. 88 und 89 des Vertrags den nationalen Behörden und der Kommission Zuständigkeiten zur Anwendung von Art. 85 übertragen, setzen sie voraus, daß diese Vorschrift schon vom Inkrafttreten des Vertrags an anwendbar war".³⁾ Diesen Standpunkt vertrat auch die herrschende Meinung⁴⁾ von Anfang an.

1) Einzelheiten zu beiden Verordnungen auf S. 217 ff.

2) Diese beiden Ansichten waren wieder in jeweils mehrere Theorien zersplittert; vgl. dazu S. 188 Fußn. 2

3) EuGH ("Bosch") in WuW/E EWG 50 = AWD BB 1962, S. 108.

4) Kommission: 1. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft vom 17.9.1958, S. 66; BKartA: Beschluß vom 19.2.1959 in WuW/E 25 ff; 2. Kartellkonferenz der Regierungssachverständigen der EWG-Länder vom 15. und 16.1.1959, vgl. WuW 1959, S. 445; v. GAMM, Otto-Friedrich Frhr.: Das Kartellrecht im EWG-Bereich in: Kartellrundschau, Heft 3, 1961, S. 17 ff; GÜNTHER, Eberhard: Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der EWG in: WuW 1957, S. 278; KOCH, N.: Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB in: BB 1959, S. 242; KRONSTEIN, Heinrich: Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrages und des Vertrages über die EWG in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 1, S. 121; SCHLIEDER, Willy: Die Anwendung der Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages nach dem Erlaß der ersten Durchführungsverordnung in: BB 1962, S. 306; STEINDORFF, Ernst: Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen in der Anfangszeit der EWG in: BB 1958, S. 90 ff; v.d.GROEBEN/BOECKH/THIESING: Komm. zum EWG-Vertrag, Baden-Baden, Bonn, Frankfurt/M. 1958, Art. 85 Anm. 11 f; WOHLFARTH/EVERLING: Komm. zum EWG-Vertrag, Berlin, Frankfurt/M. 1960, Art. 85 Anm. 11.

Die Ansicht, die Art. 85 ff seien lediglich Programmsätze, ist auf deutscher Seite besonders eingehend von Spengler¹⁾ begründet worden. Da die Streitfrage jedoch ihre praktische Bedeutung verloren hat, wird sie nicht näher behandelt.

Nahm man die unmittelbare Geltung der Wettbewerbsregeln an, so ergab sich die weitere Frage, ob eine Maßnahme, die unter Art. 85 Abs. 1 fiel, automatisch nichtig war, oder ob Art. 85 lediglich eine Ermächtigung an die zuständigen Stellen enthielt, unter den Voraussetzungen des Abs. 1 ein Verbot auszusprechen. Dieser Streit, der unter dem Stichwort "Ermächtigungs- oder Direktwirkungstheorie" bekannt geworden ist, gehört systematisch in den Bereich des Art. 85 Abs. 2 und wird dort behandelt werden.²⁾ Für den heutigen Rechtszustand hat Art. 1 der VO Nr. 17 diesen Streit beendet. Als Ergebnis ist festzuhalten: Die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages waren vom Tage des Inkrafttretens an unmittelbar geltendes, verbindliches Recht.

3. Der Abschnitt "Vorschriften für Unternehmen" enthält in Art. 85 und 86 die wichtigsten materiellrechtlichen Bestimmungen. Während Art. 85 gewisse Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verbietet und für nichtig erklärt, wendet sich Art. 86 gegen die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Zielrichtung beider Vorschriften ist also grundsätzlich verschieden. Dennoch kann es Sachverhalte geben, die die Voraussetzungen von beiden erfüllen, wenn z.B. der Mißbrauch

1) SPENGLER, Albrecht: Abgrenzung zwischen dem GWB und den "Vorschriften für Unternehmen" im EWG-Vertrag in: WuW 1958, S. 74 ff; ebenso STRICKRODT, Georg: Geltungskraft und Geltungsumfang der Wettbewerbsregeln im Vertrag über den Gemeinsamen Markt in: Betrieb 1957, Beilage Nr. 9, S. 3; LUTZ/BASSON: Re-Importverbot und EWG-Vertrag in: NJW 1961, S. 385; überwiegend auch das niederländische Schrifttum unter Berufung auf das Urteil der Arrondissementsrechtbank te Zutphen vom 11.7.1958 in: WuW 1958, S. 779; vgl. dazu v. GAMM, Otto-Friedrich Frhr. a.a.O., S. 18 Fußn. 2; KOCH, N. a.a.O., S. 242 Fußn. 3.

2) s.u. S. 188 ff

der marktbeherrschenden Stellung durch mehrere Unternehmen gerade im Abschluß und in der Praktizierung eines Vertrages liegt, der unter den Tatbestand des Art. 85 fällt. Der Europäische Gerichtshof hat in zwei Entscheidungen geäußert, es gebe keine Anhaltspunkte dafür, daß jeder der beiden Bestimmungen je nach der wirtschaftlichen Funktion der beteiligten Unternehmen ein gesonderter Anwendungsbereich zugewiesen sei.¹⁾

Es sind also Überschneidungen möglich mit der Folge, daß beide Bestimmungen nebeneinander anzuwenden sind.²⁾ Die Gegenansicht, nach der in solchen Fällen lediglich Art. 85 als Spezialnorm eingreifen soll,³⁾ findet keine Stütze im Gesetz. Sie könnte auch, besonders im Hinblick auf Art. 85 Abs. 3, zu unbilligen Ergebnissen führen. Angenommen, eine Vereinbarung erfüllt die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 1 und die des Art. 86, kann aber nach Art. 85 Abs. 3 freigestellt werden. Wollte man jetzt nur Art. 85 anwenden, so wäre die Vereinbarung im Ergebnis nach EWG-Kartellrecht erlaubt, obwohl sie den Tatbestand des Art. 86 erfüllt und dieser eine Freistellung nicht kennt.⁴⁾ Aus diesen Gründen ist der herrschenden Meinung zu folgen. Auch Gebietsausschließlichkeiten können den Tatbestand beider Bestimmungen erfüllen. Behandelt wird jedoch nur Art. 85, da derartige Erscheinungen keine typischen Fälle des Art. 86 sind.

1) EuGH, Urteil vom 13.7.1966 ("VO 19") in Sammlung Band XII, 1966, S. 485 = WuW/E EWG 149 = AWD BB 1966, S. 288; EuGH, Urteil vom 13.7.1966 ("Grundig-Consten") in Sammlung Band XII, 1966, S. 387 = WuW/E EWG 129.

2) H.M.: BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 86 Anm. 6; DERINGER, Arved: Das Wettbewerbsrecht der EWG, Loseblattkommentar, ab WuW 1962, Art. 86, Anm. 4, 48; GLEISS/HIRSCH: EWG-Kartellrecht, Komm., Heidelberg 1966, 2. Aufl., Art. 86 Anm. 3; dies.: Das Kartellrecht der EWG in: AWD BB 1962, S. 121; KLEEMANN, Gerd: Die Wettbewerbsregeln der EWG, Baden-Baden 1962, S. 55; GRAUPNER, R. a.a.O., S. 27.

3) WOHLFARTH/EVERLING in Komm. a.a.O., Art. 86 Anm. 1 f; wohl auch GÜNTHER, Eberhard a.a.O., S. 283.

4) Näheres zum Verhältnis von Art. 85 Abs. 3 und Art. 86 bei SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 50.

4. Eine Beschränkung auf bestimmte Wirtschaftsbereiche ist in Art. 85 ff nicht enthalten. Dennoch sind einige ausgeklammert. Das gilt zunächst für den Wirtschaftsbereich, der im Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl geregelt ist, ferner für die Atomenergie, die Gegenstand des Vertrages zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft ist. Die Bestimmungen dieser Vertragswerke bleiben gemäß Art. 232 unberührt.

Eine Sonderregelung gilt für die Landwirtschaft. Gemäß Art. 42 waren die Wettbewerbsregeln für diesen Bereich zunächst nicht anwendbar. Erst die VO Nr. 26 des Rates bestimmt in Art. 1, der gemäß Art. 5 VO Nr. 26 am 30.7.1962 in Kraft trat, daß die Art. 85 bis 90 einschließlich ihrer Durchführungsbestimmungen vom 30.7.1962 an auch auf Vereinbarungen bezüglich landwirtschaftlicher Erzeugnisse anwendbar sind.¹⁾

Schließlich gelten die Art. 85 ff nicht nur für private, sondern auch für öffentliche Unternehmen.²⁾ Das ergibt sich schon aus Art. 90 Abs. 2, der einen Teil der öffentlichen Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung der Wettbewerbsregeln ausnimmt. Art. 90 Abs. 1 wendet sich nicht an Unternehmen, sondern an die Mitgliedstaaten. Sinn der Vorschrift ist es zu verhindern, daß die Regierungen einzelne Unternehmen von den Beschränkungen der Art. 85 ff befreien und so dem Vertrag zuwiderhandeln. Da dieses Ziel mit einer unverbindlichen Erklärung nicht zu erreichen ist, muß man Art. 90 Abs. 1 wohl als bindende Verpflichtung für die Mitgliedstaaten verstehen.³⁾

1) Was landwirtschaftliche Erzeugnisse sind, bestimmt erschöpfend die Liste zu Art. 38 in Anhang II des Vertrages; Einzelheiten zur VO Nr. 26 bei GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O.

2) Einzelheiten bei DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 90 Anm. 3 ff; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 90 Anm. 1 ff.

3) allgemeine Meinung; vgl. statt aller DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 90 Anm. 19.

5. Art. 85 Abs. 1 hat folgenden Wortlaut:¹⁾

"Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere..."

Es folgen einige Beispiele, deren Aufzählung jedoch, wie sich aus dem Wort "insbesondere" ergibt, nicht erschöpfend ist. Von diesen Beispielen sei besonders c) "die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen" hervorgehoben.

Art. 85 Abs. 2 bestimmt, daß eine nach Art. 85 Abs. 1 verbotene Maßnahme nichtig ist, und Abs. 3 gibt die Möglichkeit, in Einzelfällen das Verbot des Abs. 1 aufzuheben.

6. Vergleicht man Art. 85 mit den entsprechenden Bestimmungen des GWB, so fällt auf, daß Art. 85 nicht zwischen Kartellverträgen und "Sonstigen Verträgen" unterscheidet.²⁾

Diese Tatsache hat zu der Streitfrage geführt, ob Art. 85 überhaupt auf vertikale Verträge anwendbar ist. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem "Bosch"-Urteil eher beiläufig ausgeführt, es sei nicht ausgeschlossen, "daß die Exportverbote, auf die sich der Appellationshof bezieht, unter die Begriffsbestimmung des Art. 85 Abs. 1, insbesondere unter die Wendung 'Vereinbarungen...welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind'... fallen".³⁾

In mehreren späteren Entscheidungen hat der Gerichtshof dann ausdrücklich entschieden, daß Art. 85 auch vertikale Verträge

1) Im folgenden wird von der deutschen Fassung des Vertragstextes ausgegangen. Soweit bei Auslegungsfragen die fremdsprachigen Texte von Bedeutung sind, wird an der betreffenden Stelle darauf eingegangen; vgl. auch Art. 248.

2) s.o. S. 86 f.

3) EuGH ("Bosch") in WuW/E EWG 51 = AWD BB 1962, S. 109.

erfasse.¹⁾ Er geht dabei davon aus, daß nach dem Wortlaut des Vertrages lediglich eine Vereinbarung zwischen Unternehmen vorliegen müsse. Er fährt dann fort: "Art. 85...unterscheidet zwischen diesen Vereinbarungen nicht danach, ob sie von Unternehmen abgeschlossen sind, die auf derselben Wirtschaftsstufe miteinander in Wettbewerb stehen, oder ob ihnen nicht miteinander konkurrierende Unternehmen verschiedener Stufen angehören. Es geht nicht an, da Unterscheidungen zu treffen, wo der Vertrag es nicht tut."¹⁾

Auch der Einwand, Art. 85 könne deshalb nicht für vertikale Verträge gelten, weil zwischen derartigen Vertragspartnern kein Wettbewerb bestehe, der eingeschränkt oder verfälscht werden könne, ist nicht stichhaltig. Art. 85 verlangt nämlich nicht, daß gerade der Wettbewerb zwischen den Vertragspartnern betroffen wird. Ausreichend ist nach Wortlaut und Sinn des Vertrages vielmehr eine Verfälschung des Wettbewerbs zwischen einem Vertragspartner und Dritten.²⁾

Schließlich ist zu beachten, daß vertikale Verträge, wie das Beispiel eines Alleinvertriebsvertrags, gekoppelt mit einem Exportverbot, zeigt, in hohem Maße geeignet sind, Märkte abzuriegeln und künstliche Handelsschranken zu errichten. Dazu sagt der Europäische Gerichtshof: "Eine zwischen einem Hersteller und einem Vertriebsunternehmen abgeschlossene Vereinbarung, die darauf abzielt, die nationalen Schranken im Handel zwischen Mitgliedstaaten wieder aufzurichten, könnte im übrigen den grundlegenden Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen. Der EWG-Vertrag, der nach seiner Präambel

1) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 387 = WuW/E EWG 129; EuGH ("VO 19") in Sammlung a.a.O., S. 485 = WuW/E EWG 149 = AWD BB 1966, S. 288; ähnlich EuGH ("Maschinenbau Ulm") vom 30.6.1966 in Sammlung Band XII, 1966, S. 302 f = WuW/E EWG 122 = AWD BB 1966, S. 267.
2) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 387 = WuW/E EWG 129; EuGH ("VO 19") in Sammlung a.a.O., S. 485 = WuW/E EWG 149 = AWD BB 1966, S. 288; Einzelheiten dazu auf S. 156 ff.

und seinem Inhalt darauf gerichtet ist, die Schranken zwischen den Staaten zu beseitigen, und der der Widererrichtung dieser Schranken mit einer Reihe strenger Bestimmungen entgegentritt, kann nicht zulassen, daß die Unternehmen neue Hindernisse dieser Art schaffen. Art. 85 Abs. 1 verfolgt dieses Ziel, auch wenn es sich um Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen handelt".¹⁾ Wortlaut und Sinn des Art. 85 gebieten nach allem eine grundsätzliche Anwendung auf vertikale Verträge.²⁾ Auch die in Art. 85 genannten Beispiele sprechen für diese Ansicht.³⁾

1) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 388 = WuW/E EWG 129 f; EuGH ("VO 19") in Sammlung a.a.O., S. 486 = WuW/E EWG 149 f = AWD BB 1966, S. 288.

2) Auch der Ministerrat der EWG ist von dieser Ansicht ausgegangen, wie sich z.B. aus Art. 4 Abs. 2 Ziffer 2 a VO 17 entnehmen läßt; ebenso die Kommission in ständiger Praxis; BKartA in WuW/E 337; OLG Düsseldorf in WuW/E OLG 263; LG Frankfurt in WuW/E LG 138.
Für Anwendung ferner: BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 2; CATALANO, Nicola: Les contrats dits "d'exclusivité" et l'article 85 du Traité de la C.E.E. in: Le droit et les Affaires, 24.2.1964, Document 60, S. 3; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 34; DURRY, Georges: Ouragan "européen" sur les contrats d'exclusivité? in: Dalloz 1963, S. 178; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 19; dies. in AWD BB 1962, S. 123; GÜNTHER, Eberhard a.a.O., S. 275; GRAUPNER, R. a.a.O., S. 16; KLEEMANN, Gerd a.a.O., S. 30; KNOPP, Werner: Über die Anwendbarkeit von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge in: AWD BB 1962, S. 269; KÖNIG, Dieter: Vertikale Preis- und Konditionenbindung nach deutschem und EWG-Kartellrecht, Berlin, Frankfurt/M. 1965, S. 40 ff; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: Competition Law in the European Economic Community in: World Unfair Competition Law, Band 1, S. 50 f; SCHLIEDER, Willy a.a.O., S. 305; SCHWARTZ, Gustav: EWG-Vertrag und vertikale Bindungen in: MA 1959, S. 318; SPENGLER, Albrecht: Nationales und übernationales Kartellrecht im EWG-Vertrag in: MA 1960, S. 888; ders. in Gem.Komm. a.a.O. EWG-Kartellrecht, Erl. 34; STEINDORFF, Ernst: Vertikale Preisbindung im Gemeinsamen Markt der EWG in: ZGesHWR Band 124, S. 208; TESSIN, Claus: Alleinvertriebsverträge im Wettbewerbsrecht des Gemeinsamen Marktes in: AWD BB 1962, S. 128; WOHLFARTH/EVERLING a.a.O., Art. 85 Anm. 1.
3) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 51.

Demgegenüber vermögen die von den Anhängern der entgegengesetzten Meinung¹⁾ vorgebrachten Argumente nicht zu überzeugen. Sölter²⁾ zieht z.B. eine Parallele zu Art. 65 MUV, der ebenfalls keine ausdrückliche Unterscheidung enthält und deshalb schon die gleiche Streitfrage aufgeworfen hat. Wenn der Gesetzgeber, so meint Sölter, die Absicht gehabt hätte, mit Art. 85 auch vertikale Verträge zu erfassen, so hätte er dies ausdrücklich erklärt, um einen neuen Streit zu vermeiden.

Dies Argument läßt sich jedoch ebensogut dahin umkehren: Hätte der "Gesetzgeber" Art. 85 auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen beschränken wollen, so hätte er das klar zum Ausdruck gebracht. Die weite Fassung beweist, daß er eine solche Einschränkung ablehnte. Außerdem ist ein Vergleich mit Art. 65 MUV auch deshalb problematisch, weil im Bereich von Kohle und Stahl vertikale Bindungen kaum auftreten und deshalb das Problem bei Abschluß des Montanvertrags nur geringe praktische Bedeutung hatte.³⁾

Sölter⁴⁾ argumentiert ferner: das deutsche GWB sei von den Kartellgesetzen der EWG-Mitgliedstaaten das strengste. Selbst dort herrsche aber teilweise, z.B. in § 18, das Mißbrauchsprinzip. Wollte man also Art. 85 mit seinem Verbotsprinzip auch auf vertikale Verträge anwenden, so wäre Art. 85 noch strenger als das GWB. Das sei aber wohl nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen.

Auch dieses Argument ist nicht stichhaltig. Einmal geht auch das GWB bei einigen Arten von vertikalen Bindungen, z.B. in § 15, vom Verbotsprinzip aus. Zum anderen ist die

1) SÖLTER, Arno: Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt in: Kartellrundschau Heft 4, 1962; ders.: Die Ausnahmeverordnung des Art. 85 Abs. 3 EWG V in: WuW 1961, S. 665; v. WERDT, Rudolf: Zur Frage der Anwendung von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge in: WuW 1962, S. 583; wohl auch v. d. GROEBEN/BOECKH/THIESING a.a.O., Art. 85 Anm. 1: "Art. 85 entspricht § 1 des deutschen GWB".

2) in Kartellrundschau a.a.O., S. 70.

3) SCHWARTZ, Gustav a.a.O., S. 318.

4) a.a.O., S. 70.

Frage nach dem strengeren Gesetz nicht entscheidend davon abhängig, ob das Verbots- oder das Mißbrauchsprinzip gilt, sondern vielmehr davon, ob die Tatbestandsmerkmale eng oder weit gefaßt sind, ob und welche Ausnahmen es gibt usw.. Unter diesem Aspekt ist mehr als zweifelhaft, ob Art. 85 bei weiter Auslegung strenger ist als das GWB. Damit ist festgestellt, daß Gebietsausschließlichkeiten im Vertrieb unter das Verbot des Art. 85 Abs. 1 fallen können.

2. Teil:

1. Abschnitt:

Im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 sollen, dem bisherigen Aufbau folgend, als erste die Verträge untersucht werden, in denen der Produzent einer Ware seinem Abnehmer ein Alleinvertriebsrecht einräumt.

1. Unterabschnitt:

Dabei wird davon ausgegangen, daß die Bindung in einem Mitgliedstaat der EWG geschlossen wird und auch nur den Vertrieb innerhalb dieses Landes betrifft.

1. Der Abnehmer kann zunächst als Handelsvertreter oder Kommissionär tätig sein. Zwar wurde der grundsätzliche Unterschied zwischen Absatzmittlern dieser Art und Eigenhändlern bereits klargestellt. Es erscheint aber zweckmäßig, die Abgrenzung jetzt genauer vorzunehmen.

Zu dieser Frage hat sich die EWG-Kommission in einer Bekanntmachung vom 21.12.1962¹⁾ wie folgt geäußert: Es komme bei der Abgrenzung nicht auf die Bezeichnung an, sondern auf die tatsächliche wirtschaftliche Funktion. Das maßgebliche Kriterium sei die Regelung der mit dem Absatz verbundenen finanziellen Risiken. Typisch für den echten Handelsvertreter sei, daß er außer der üblichen Delcredere-Haftung keine weiteren Risiken übernehme. Andernfalls müsse

1) Bekanntmachung der EWG-Kommission über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern und über Patentlizenzverträge vom 21.12.1962, abgedruckt in WuW 1963, S. 121 f.

er sich wettbewerbsrechtlich als Eigenhändler behandeln lassen. Das gelte z.B., wenn er ein umfangreiches Lager mit Vertragswaren unterhalte, die in seinem Eigentum ständen, oder wenn er einen erheblichen unentgeltlichen Service auf eigene Kosten unterhalten müsse oder die Preise und Geschäftsbedingungen bestimmen könne. Diese Gedanken der Kommission werden den folgenden Ausführungen zugrundegelegt.

Es besteht Einmütigkeit darüber, daß Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern im Ergebnis nicht unter das Verbot des Art. 85 fallen. Die Begründungen sind aber unterschiedlich. Der Europäische Gerichtshof hat sich in zwei Entscheidungen zu dem Problem geäußert, indem er den Einwand, Verträge mit Eigenhändlern dürften nicht anders behandelt werden als solche mit Handelsvertretern, wie folgt entkräftet hat:

"Es wäre ferner verfehlt, die Lage eines Herstellers, der mit dem Vertreter seiner Erzeugnisse eine Alleinvertriebsvereinbarung getroffen hat, mit derjenigen eines Herstellers zu vergleichen, der den Vertrieb auf irgendeinem Weg, beispielsweise dem des Einsatzes von Handelsvertretern, in sein eigenes Unternehmen eingegliedert hat und damit nicht von Art. 85 erfaßt wird....Dem Verbot unterliegen alle Vereinbarungen zwischen mehreren Unternehmen. Somit ist es nicht anwendbar, wenn es sich um ein einziges Unternehmen handelt, das seine Vertriebsorganisation in seinen eigenen Geschäftsbetrieb eingegliedert hat".¹⁾

Damit sagt der Gerichtshof zwar nicht ausdrücklich, welches Tatbestandsmerkmal des Art. 85 der Anwendung auf Verträge mit Handelsvertretern entgegensteht. Nach Ansicht des Gerichtshofs liegt aber nur ein einziges Unternehmen vor, wenn die Vertriebsorganisation in den Geschäftsbetrieb eingegliedert ist. Als Beispiel für eine solche Organisation nennt er den Einsatz von Handelsvertretern. Daraus folgt: Allein-

1) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 388. = WuW/E EWG 129; wörtlich übereinstimmend EuGH ("VO 19") in Sammlung a.a.O., S. 485 f. = WuW/E EWG 149 = AWD BB 1966, S. 288.

vertriebsverträge mit Handelsvertretern sind keine Vereinbarungen zwischen "Unternehmen", sondern lediglich eine interne Angelegenheit eines einzelnen Unternehmens.¹⁾ Damit ist die Anwendung des Art. 85 ohne weitere Prüfung ausgeschlossen.²⁾

Die Kommission und das überwiegende Schrifttum begründen das gleiche Ergebnis anders. Die Unternehmenseigenschaft der Handelsvertreter wird entweder ausdrücklich bejaht oder stillschweigend unterstellt.³⁾ Dann wird weiter geprüft, ob die Vereinbarungen geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Dabei ist zunächst zu klären, in welchem Verhältnis diese beiden Tatbestandskomplexe zueinander stehen.

Überwiegend wurde aus Art. 85 in Verbindung mit Art. 3 f der Schluß gezogen, Beeinträchtigungen des Handels seien nur bedenklich, wenn sie die Folge einer Wettbewerbsbeschränkung seien. Beide Tatbestandsgruppen ständen also zueinander im Verhältnis von Ursache und Wirkung.⁴⁾ Daher wurde stets zunächst die Wettbewerbsbeschränkung geprüft.⁵⁾

1) So wird der EuGH auch von SCHRÖTER, Helmuth: Alleinvertriebsabkommen im Wettbewerbsrecht der EWG in: WRP 1967, S. 113 verstanden.

2) Im Schrifttum wird diese Ansicht von PLAISANT, R.: Les contrats d'exclusivité in: Revue trim. de Droit Comm. 1964, S. 20 vertreten; ebenso PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER: Droit européen de la concurrence, Paris 1966, Art. 85 Anm. 28, 456; KLEEMANN, Gerd: Die kartellrechtliche Beurteilung von vertikalen Ausschließlichkeitsverträgen im Gemeinsamen Markt in: Betrieb 1962, S. 1632.

3) so die Kommission in der Bekanntmachung a.a.O., S. 123.

4) COING, Helmut: Zur Auslegung von Art. 85 EWG-Vertrag in: ZGesHWR, Band 125, S. 273 ff; DERINGER, Arved in Komm.a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 50; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 70.

5) so auch die Kommission in der Bekanntmachung a.a.O., sowie in den Entscheidungen: "Grundig-Consten" vom 23.9.1964 in: WuW 1964, S. 1069 f = AWD BB 1964, S. 329 ff; "D.R.U.-Blondel" vom 8.7.1965 in WuW 1965, S. 863 f = AWD BB 1965, S. 256; "Hummel-Isbecque" vom 17.9.1965 in WuW 1965, S. 868; "Maison Jallatte" vom 17.12.1965 in AWD BB 1966, S. 63 f = GRUR Ausl. 1966, S. 155 ff.

Die Frage nach der Wettbewerbsbeschränkung wird von der herrschenden Meinung wie folgt beantwortet: Da zwischen den Vertragsparteien kein Wettbewerb bestehe, könne er durch die Vereinbarung nicht verändert werden. Der Wettbewerb zwischen dem gebundenen Produzenten und seinen Konkurrenten werde auch nicht berührt; denn der Produzent scheide nicht aus dem Wettbewerb aus, sondern bediene sich des Handelsvertreters als eines "verlängerten Arms".¹⁾ Die Kommission hat folgende Formulierung verwendet:

"Der Handelsvertreter übt auf dem Gütermarkt lediglich eine Hilfsfunktion aus. Auf diesem Markt handelt er im Auftrag und im Interesse der Marktbeteiligten, für die er tätig ist. Im Gegensatz zum Eigenhändler ist er nicht selbst Anbieter oder Nachfrager, sondern sucht im Interesse seines anbietenden oder nachfragenden Vertragspartners Abnehmer oder Anbieter. Bei dieser Art von Alleinvertriebsverträgen scheidet der anbietende oder nachfragende Wettbewerber nicht aus, sondern er bedient sich lediglich des Handelsvertreters als eines Hilfsorgans, um auf dem Markt Erzeugnisse abzusetzen oder zu erwerben."²⁾

Ein Teil des Schrifttums beendet die Untersuchung mit dieser Feststellung.³⁾ Andere untersuchen die weitere Frage, ob der Wettbewerb auf dem Markt, auf dem der Handelsvertreter seine Dienstleistungen erbringt, durch die Vereinbarung berührt wird. Die Frage wird bejaht; denn die Verpflichtung des Produzenten, den Handelsvertreter allein für ein bestimmtes Gebiet zu bestellen, führt zu einer Verkürzung der Nachfrage

1) HELLMANN/PFEIFFER: Alleinvertriebsverträge im System des europäischen Kartellrechts in: AWD BB 1962, S. 245; KLEEMANN, Gerd a.a.O., in Betrieb 1962, S. 1632; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 4, 64; SCHLUEP, Walter R.: Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966, S. 102; SÖLTER, Arno a.a.O., in Kartellrundschau S. 66.

2) EWG-Kommission in der Bekanntmachung a.a.O., S. 123.

3) HELLMANN/PFEIFFER a.a.O., S. 245; KLEEMANN, Gerd a.a.O., S. 1632; SÖLTER, Arno a.a.O., S. 66.

auf diesem Markt.¹⁾

Diese Wettbewerbsbeschränkung wird jedoch nicht als relevant im Sinne des Art. 85 angesehen. Vielmehr wird sie als Ausfluß der zwischen den Vertragsparteien bestehenden Treupflichten angesehen.²⁾

Die Begründungen der herrschenden Meinung erscheinen nicht überzeugend. Zunächst bestehen Bedenken gegen die herkömmliche Auffassung vom Verhältnis der Wettbewerbsbeschränkung zu der Beeinträchtigung des Handels. Der Europäische Gerichtshof behandelt in seinen neueren Entscheidungen zunächst die Beeinträchtigung und dann die Wettbewerbsbeschränkung.³⁾ Dem ist zuzustimmen.

Ein solches Vorgehen entspricht einmal dem Aufbau des Art. 85. Die Bestimmung bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Beeinträchtigung die Folge der Wettbewerbsbeschränkung sein muß. Erforderlich ist nur, daß beide Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen und daß beide Folge der Vereinbarung sind. Auch Art. 3 f zwingt nicht zur Annahme eines Kausalverhältnisses. Zur Erreichung des dort genannten Zwecks braucht man nicht vom Aufbau des Vertrages abzuweichen. Auch bei dem vom Europäischen Gerichtshof gewählten Vorgehen sind nämlich nur solche Beeinträchtigungen des Handels verboten, die zugleich eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Daher wird im folgenden diesem Aufbau gefolgt.

1) Kommission a.a.O., S. 123; ähnlich CATALANO, Nicola a.a.O., S. 3; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 54.

2) Kommission a.a.O., S. 123; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 54; dies. in AWD BB 1962, S. 124; SCHLUEP, Walter R. a.a.O., S. 102; TESSIN, Claus a.a.O., AWD BB 1962, S. 129. Vgl. zu dem gesamten Problem ferner DURRY, Georges a.a.O., S. 180; JEANTET, Fernand-Charles in: La Semaine Juridique 1963, Doctrine 1743;

3) EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 303 f = WuW/E EWG 122 ff = AWD BB 1966, S. 267; EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 389 ff = WuW/E EWG 130 ff = AWD BB 1966, S. 307 f. Vgl. ferner KIRSCHSTEIN, Friedrich: Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen nach EWG-Kartellrecht in: WuW 1966, S. 779.

Die oben dargelegten Argumente erwecken auch im übrigen Bedenken. Richtig ist, daß zwischen den Vertragsparteien regelmäßig kein Wettbewerb besteht und daß der Wettbewerb auf der Produzentenebene nicht berührt wird. Bewirkt wird aber, wie von der Kommission und einem Teil des Schrifttums eingeräumt wird, eine Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt, auf dem der Handelsvertreter seine Dienstleistungen anbietet.¹⁾ Diese kann nicht unter Berufung auf die gegenseitigen Treupflichten für irrelevant erklärt werden. Es ist schon sehr fraglich, ob eine derart einschneidende Maßnahme noch durch die Treupflicht gedeckt wird.²⁾ Außerdem bedeutet das noch keine Rechtfertigung für den Bereich des EWG-Rechts. Wenn alles, was in nationalen Gesetzen erlaubt ist, auch nach EWG-Recht zulässig wäre, hätte dieses kaum noch praktische Bedeutung. Das Besondere der Art. 85 ff besteht gerade darin, daß der Privatautonomie im Interesse eines freien Warenaustausches über das nationale Recht hinausgehende Beschränkungen auferlegt werden.

Der Europäische Gerichtshof hat im "Grundig-Consten"-Urteil erklärt, es sei mit dem Grundgedanken der Wettbewerbsordnung und mit ihrem Sinn unvereinbar, daß die sich aus dem Warenzeichenrecht der verschiedenen Staaten ergebenden Ansprüche zu Zwecken mißbraucht würden, die dem Kartellrecht der Gemeinschaft zuwiderliefen.³⁾ Diese Erwägung kann nicht nur im Warenzeichenrecht Geltung haben. Vielmehr bedeutet generell die Zulässigkeit einer Maßnahme nach nationalem Recht noch keine Rechtfertigung für den Geltungsbereich des EWG-Rechts. Der herrschenden Meinung kann daher nicht gefolgt werden.

Es ist vielmehr erforderlich, gründlicher zu untersuchen,

1) Daß eine solche Wettbewerbsbeschränkung ausreicht, wurde schon auf S. 126 erwähnt; Einzelheiten auf S. 156 ff.

2) s.o. S. 96 f für das deutsche Recht.

3) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 394 = WuW/E EWG 133 = AWD BB 1966, S. 309.

ob Handelsvertreter Unternehmen im Sinne des Art. 85 sind.¹⁾ Das Schrifttum geht allgemein davon aus, Unternehmen sei jeder Rechtsträger, der sich wirtschaftlich betätigt.²⁾ Erforderlich sei nur eine gewisse Selbständigkeit und eine Betätigung, die über die eigene Bedarfsdeckung hinausgehe.³⁾

Es ist aber fraglich, ob diese Definition, die im wesentlichen mit der zum GWB vertretenen übereinstimmt, auch für Art. 85 gilt. Daß der Unternehmensbegriff des EWG-Vertrags sich von dem der nationalen Rechtsordnungen unterscheiden kann, dürfte kaum zweifelhaft sein. Auch ist fraglich, ob der Begriff innerhalb des EWG-Vertrags immer derselbe ist oder ob auch hier noch Unterscheidungen getroffen werden müssen. Mangels anderer Anhaltspunkte ist jeweils vom Sinn und Zweck der betreffenden Bestimmung auszugehen.

Art. 85 will verhindern, daß natürliche oder juristische Personen, die unabhängig und selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen, durch den Abschluß von Verträgen einen Teil ihrer Unabhängigkeit aufgeben und dadurch die Wettbewerbsverhältnisse verändern. Dagegen sind Maßnahmen innerhalb einer einheitlichen Organisation irrelevant. Der Handelsvertreter ist zwar selbständiger Gewerbetreibender.⁴⁾

Aber seine Stellung gegenüber seinem Auftraggeber unterscheidet sich maßgeblich von der eines Eigenhändlers. Zwar kann er seine Arbeitszeit frei einteilen, aber die wesentlichen Geschäftsbedingungen für den Abschluß der Verträge werden ihm vorgeschrieben. Die Abhängigkeit zeigt sich auch daran, daß er regelmäßig nur für einen Produzenten tätig wird.

1) Vgl. dazu oben S. 130 die Ansicht des EuGH.

2) WOHLFARTH/EVERLING a.a.O., Art. 85 Anm. 1; ähnlich KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 28; NESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 45.

3) DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 5; GAMM, Otto Friedrich Ehrh. a.a.O., S. 22; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 3.

4) Vgl. § 84 Abs. 1 HGB und für Frankreich Décret Nr. 58-1345 du 23.12.1958, Art. 1^{er}, s.o. S. 56 Fußn. 2.

Die Handlungsfreiheit eines Handelsvertreters ist also von vornherein stark eingeschränkt. Wird nun die faktisch schon bestehende enge Beziehung zum Produzenten noch durch besondere Vereinbarungen vertieft, so kann dies die Ziele des EWG-Vertrags kaum stärker gefährden als eine Maßnahme innerhalb einer einheitlichen Organisation; denn die Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel unterscheiden sich nicht wesentlich voneinander. Der Unternehmensbegriff des Art. 85 verlangt daher mehr als rechtliche Selbständigkeit. Erforderlich ist auch eine wirtschaftliche Unabhängigkeit, die der Handelsvertreter nicht hat. Aus diesen Gründen ist dem Europäischen Gerichtshof zu folgen. Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern sind keine Verträge zwischen Unternehmen, Art. 85 ist nicht anwendbar.

Die obigen Ausführungen gelten entsprechend für Alleinvertriebsverträge mit Kommissionären und Kommissionsagenten. Der Europäische Gerichtshof hat die Frage noch nicht untersucht. Die Kommission hat in ihrer Bekanntmachung¹⁾ die Kommissionäre den Handelsvertretern gleichgestellt. Sie zählt nämlich zu den Handelsvertretern auch solche Personen, die im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung arbeiten. Im Schrifttum vertritt wiederum, soweit ersichtlich, nur Plaisant²⁾ die Ansicht, Kommissionäre seien keine Unternehmen im Sinne des Art. 85. Im übrigen verneint man das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung, da der Produzent wirtschaftlich durch den Kommissionär im Wettbewerb vertreten werde,³⁾ oder man sieht die entstehende Beschränkung als durch die Treupflicht, die auch für die Partner eines Kommissionsvertrags bestehe, gerechtfertigt an.⁴⁾

1) a.a.O., S. 121.

2) PLAISANT, R. a.a.O., S. 20; ebenso PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER a.a.O., Art. 85 Anm. 28, 456.

3) KLEEMANN, Gerd a.a.O., Betrieb 1962, S. 1633; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 4, 64.

4) GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 54; TESSIN, Claus a.a.O., S. 129; für Unanwendbarkeit des Art. 85 ferner DURRY, Georges a.a.O., S. 180; SÖLTER, Arno in Kartellrundschau a.a.O., S. 66; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 54.

Die Ansichten der herrschenden Meinung begegnen denselben Bedenken wie bei Verträgen mit Handelsvertretern. Richtiger erscheint es, auch Kommissionäre nicht als Unternehmen anzusehen, da sie nicht unabhängig und selbständig am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, sondern eine starke wirtschaftliche Verknüpfung mit dem Produzenten besteht.

Ergebnis: Alleinvertriebsrechte, die ein Produzent seinen Handelsvertretern, Kommissionären und Kommissionsagenten im Bereich eines Mitgliedstaates einräumt, fallen nicht unter das Verbot des Art. 85 Abs. 1.

2. Ändert sich das Ergebnis, wenn es sich bei den Abnehmern um Eigenhändler handelt? Da diese rechtlich und wirtschaftlich selbständig sind, handelt es sich um Vereinbarungen mit Unternehmen.¹⁾

a) Ein Verbot nach Art. 85 Abs. 1 setzt zunächst voraus, daß die Vereinbarung geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Dieses Tatbestandsmerkmal dient dazu, den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts von dem des nationalen Rechts abzugrenzen.²⁾ Kann die Vereinbarung den Warenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten der EWG nicht verändern, so greift Art. 85 nicht ein. Damit sind einmal solche Verträge nicht betroffen, die nur Auswirkungen innerhalb eines Mitgliedstaates haben, zum anderen solche, die nur den Handel zwischen einem Mitgliedstaat und Drittstaaten beeinflussen. Es genügt dagegen, daß der Handel zwischen zwei der Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, gleichgültig, wo die Vertragspartner ihren Sitz haben.

Wie die Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel aber im einzelnen beschaffen sein muß, ist sehr zweifelhaft.

1) EuGH ("VO 19") in Sammlung a.a.O., S. 486 = WuW/E EWG 149 = AWD BB 1966, S. 288.

2) EuGH ("Gründig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 389 = WuW/E EWG 130 = AWD BB 1966, S. 307; EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 303 = WuW/E EWG 122 = AWD BB 1966, S. 267; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 49.

Besonders die Auslegung des Begriffs "Beeinträchtigung" hat eine Reihe von Streifragen aufgeworfen. Ihre Behandlung erübrigt sich aber an dieser Stelle, wenn Verträge der geschilderten Art keinerlei Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben können.

Dabei muß zwischen unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen unterschieden werden. Bei einer Bindung innerhalb eines Mitgliedstaates sind unmittelbare Einflüsse auf den grenzüberschreitenden Handel nicht ersichtlich. Der gebundene Produzent ist nicht gehindert, Exporteure zu beliefern. Seine Waren können im Ausland ohne Beschränkungen bezogen und vertrieben werden. Auch die Abnehmer sind am Export nicht gehindert. Unmittelbare Einflüsse auf den zwischenstaatlichen Handel scheiden also aus.

Die Frage, ob mittelbare Einflüsse genügen, wird im Schrifttum teilweise verneint.¹⁾ Diese Ansicht ist vom Europäischen Gerichtshof abgelehnt worden. Er führt dazu aus:

"In diesem Zusammenhang kommt es insbesondere darauf an, ob die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann".²⁾

Die Auffassung des Gerichtshofes ist allein mit Wortlaut und Sinn des Art. 85 vereinbar. Die Unternehmen dürfen nicht die Möglichkeit haben, das Verbot dadurch zu umgehen, daß sie die Vereinbarung in ein nationales Gewand kleiden.

1) SPENGLER, Albrecht: Abgrenzung zwischen dem GWB und den "Vorschriften für Unternehmen" im EWG-Vertrag in: WuW 1958, S. 78; ders.: Nationales und übernationales Kartellrecht im EWG-Vertrag in: MA 1960, S. 885; anders allerdings in Gem. Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 28; ablehnend weiter STEINDORFF, Ernst: Das Verhältnis von Wettbewerbsbeschränkungen in der Anfangszeit der EWG in: BB 1958, S. 95.

2) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 389 = WuW/E EWG 130 = AWD BB 1966, S. 307; ähnlich EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 303 = WuW/E EWG 122 = AWD BB 1966, S. 267.

Auch aus der Tatsache, daß solche Vereinbarungen zuweilen schon nach dem Kartellrecht des betreffenden Landes verboten sind, läßt sich keine andere Beurteilung herleiten. Wollte man Art. 85 hier nicht anwenden, so bestände die Gefahr, daß zwischen dem nationalen Recht und dem EWG-Vertrag eine Lücke entstände. Es wäre unzureichend, wenn sich die EWG auf ein Einschreiten der nationalen Behörden verlassen müßte, ohne selbst eingreifen zu können. Ein lückenloser Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen läßt sich nur erreichen, wenn man auch mittelbare Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel genügen läßt.¹⁾

Auch unter diesem Gesichtspunkt werden aber Ausschließlichkeitsbindungen der behandelten Art nicht vom Verbot des Art. 85 erfaßt; denn auch mittelbare Auswirkungen sind nicht ersichtlich. Weder sind ausländische Großhändler gehindert, die Waren zum Zwecke des Weiterverkaufs in ihrem Land zu beziehen, noch sind die ausländischen Zweitabnehmer in ihrer Auswahl unter mehreren Händlern beschränkt. Damit steht fest: Alleinvertriebsrechte, die lediglich den Vertrieb im Ursprungsland betreffen, sind nicht geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, gleichgültig, wie man den Begriff versteht.²⁾ Art. 85 ist nicht anwendbar.

2. Unterabschnitt:

Als nächste sind die Verträge zu untersuchen, in denen ein Produzent seinem Abnehmer ein Alleinvertriebsrecht für ein

1) h.M.: BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 13 d; v. GAMM, Otto-Friedrich Frhr. a.a.O., S. 25; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 50; TESSIN, Claus a.a.O., AWD BB 1962, S. 129; WOHLFARTH/EVERLING a.a.O., Art. 85 Anm. 4, 13; eine zumindest adäquate Auswirkung fordern DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 43 und KÖNIG, Dieter S. 75.

2) So die franz. Cour de cass., Urteil vom 22.10.1964 = WuW/E EWG 98 = Dalloz 1964, S. 753 bei einer Ausschließlichkeitsbindung zwischen zwei französischen Unternehmen; ebenso als Vorinstanz Cour d'appel von Amiens, 9.5.1963 = Dalloz 1963, S. 557, vgl. oben S. 53 Fußn. 1; vgl. ferner DURRY, Georges a.a.O., S. 181; SCHLUEP, Walter R. a.a.O., S. 147.

ausländisches Staatsgebiet einräumt. Dabei müssen Verträge betreffend den Vertrieb zwischen zwei Mitgliedstaaten, zwischen einem Mitglied- und einem Drittstaat sowie zwischen zwei Drittstaaten unterschieden werden.

Soweit der Abnehmer als Handelsvertreter oder Kommissionär tätig wird, spielen jedoch diese Unterschiede keine Rolle. Verträge mit solchen Abnehmern sind keine Vereinbarungen zwischen "Unternehmen", so daß schon aus diesem Grund Art. 85 nicht eingreift. Auf den räumlichen Geltungsbereich des Vertrags kommt es nicht an.¹⁾

1. Handelt es sich um einen Vertrag mit einem Eigenhändler, so wird die Unterscheidung wichtig. Als Beispiel für eine Bindung zwischen Unternehmen zweier Mitgliedstaaten soll der bereits mehrfach erwähnte Fall "Grundig-Consten" dienen. Zwar handelt es sich dabei um einen Fall gegenseitiger Bindung. Die dazu entwickelten Grundsätze haben aber allgemeine Bedeutung. Sachverhalt und Verlauf dieses Prozesses sind folgende:

- a) Durch Vertrag vom 1.4.1957 bestellte die deutsche Firma Grundig die französische Firma Consten zu ihrem "Alleinvertreter" für den Vertrieb von Rundfunk-, Tonband-, Diktier- und Fernsehgeräten in Frankreich. Zu diesem Zweck verpflichtete sich Grundig, jede direkte Lieferung nach Frankreich zu unterlassen, ferner, allen anderen Abnehmern ein Exportverbot für den französischen Markt aufzuerlegen, damit auch indirekte Lieferungen vermieden würden. Es wurde also absoluter Gebietsschutz gewährt.

Consten verpflichtete sich, nicht außerhalb Frankreichs zu liefern und keine Konkurrenzwaren zu vertreiben. Hinzu kamen Verpflichtungen bezüglich der Werbung, Ersatzteillagerung, des Kunden- und Garantiedienstes sowie hier nicht interessierende warenzeichenrechtliche Vereinbarungen.

Das Verfahren wurde dadurch ausgelöst, daß es der französischen Firma UNEF gelang, Grundig-Geräte von deutschen

1) s.o. S. 130 ff, 135 f.

Händlern zu erwerben und in Frankreich billiger als Consten zu verkaufen. Daraufhin erhob Consten Klage gegen UNEF wegen unlauteren Wettbewerbs. Der Appellationshof Paris als Berufungsinstanz setzte das Verfahren aus, bis die EWG-Kommission über den von UNEF gestellten Antrag auf Feststellung, daß die Vereinbarung zwischen Grundig und Consten gegen Art. 85 EWG-Vertrag verstoße, entschieden habe. Die Kommission entschied am 23.9.1964, die Vereinbarung verstoße gegen Art. 85 Abs. 1, und eine Freistellung nach Abs. 3 sei nicht möglich.¹⁾ Sie verpflichtete die beiden Firmen ferner, die Behinderung von Parallelimporten zu unterlassen.

Gegen diese Entscheidung erhoben Grundig und Consten Anfechtungsklage. Die italienische Regierung und die der BRD wurden als Streithelfer der Klägerinnen zugelassen. Mit Urteil vom 13.7.1966 hat der Europäische Gerichtshof die Entscheidung der Kommission im wesentlichen bestätigt.

- b) Die Gewährung eines derartigen Alleinvertriebsrechts ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen. Fraglich ist, ob die Verpflichtung Grundig's, um die allein es hier zunächst geht, geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

Die Bedeutung dieser Begriffe ist zweifelhaft. Unter "Handel" ist nach einhelliger Ansicht nicht nur der Handel im volkswirtschaftlichen Sinn zu verstehen, sondern der gesamte Wirtschaftsverkehr.²⁾

- b1) Äußerst streitig ist dagegen die Auslegung des Begriffs "Beeinträchtigung". Da von ihr die Entscheidung des Falles abhängt, muß untersucht werden, wie die entsprechenden Ausdrücke in den anderen Vertragssprachen lauten. Es heißt im französischen "affecter", im italienischen "pregiudicare" und im holländischen "ongunstig beïnvloeden". Eindeutig ist

1) WuW 1964, S. 1071 ff = GRUR Ausl. 1964, S. 583 ff = AWD BB 1964, S. 329 ff.

2) Vgl. statt aller DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 38 und die dort in Fußn. 50 angegebene Literatur.

hiervon nur der holländische Text. Er verlangt eine ungünstige, also negative Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel. Der italienische und der deutsche Ausdruck sind nicht so klar, werden aber üblicherweise ebenfalls im Sinne einer negativen Beeinflussung gebraucht. Der französische Ausdruck ist neutral.¹⁾

Art. 248 bestimmt, daß der Wortlaut des Vertrages in allen vier Urschriften gleichermaßen verbindlich ist. Man darf also nicht einer bestimmten Sprache den Vorzug geben. Auch ist es nicht möglich, die Auslegung für den Bereich jedes Mitgliedstaates jeweils nach der Formulierung der betreffenden Sprache vorzunehmen. Das verstieße gegen den Geist des Vertrags und würde zu Unsicherheiten führen.

Das somit entstandene Problem ist jedoch nicht neu, sondern taucht häufig im Bereich des Völkerrechts auf. Zwar ist der EWG-Vertrag kein völkerrechtlicher Vertrag im herkömmlichen Sinn, es besteht aber eine so enge Verwandtschaft, daß es angebracht ist, allgemeine völkerrechtliche Auslegungsgrundsätze heranzuziehen.²⁾ Danach ist in erster Linie nach dem natürlichen Sinn des Wortes zu fragen, und bei verschiedenem Sinn ist die Bedeutung zu wählen, die den meisten der Vertragssprachen gerecht wird. Beachtet man ferner den völkerrechtlichen Grundsatz, daß im Zweifel eine möglichst restriktive Interpretation zu wählen ist, so muß man dazu kommen, unter Beeinträchtigung nur eine negative Beeinflussung zu verstehen;³⁾ denn in diesem Sinne kann jeder der Vertragstexte ausgelegt werden.

1) Vgl. vor allem COING, Helmut: Zur Auslegung von Art. 85 EWG-Vertrag in: ZGesHWR Band 125, S. 272 Fußn. 3; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 39; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 30; ELLIS, Joseph: L'interprétation du mot "affecter" dans l'article 85, § 1^{er} du Traité de la Communauté économique européenne par rapport aux mots "empêcher", "restreindre" ou "fausser le jeu de la concurrence" in: Dalloz 1963, S. 226; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 49.

2) ausführlich COING, Helmut a.a.O., S. 280 ff.

3) KLEEMANN, Gerd a.a.O., S. 35; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 39; COING, Helmut a.a.O., S. 281; 284; ELLIS, Joseph a.a.O., S. 226 f.

Mit dieser Feststellung ist jedoch nicht viel gewonnen. Das Problem ist nur anders formuliert. Die Frage ist nämlich, wann eine Beeinflussung negativ ist. Sicher ist sie negativ, wenn die Absprache eine Einschränkung des Handels zur Folge hat, ohne daß dies durch Vorteile ausgeglichen wird. Wie aber, wenn der Handel zwar eingeschränkt, dafür aber die Qualität der Waren verbessert wird? Oder wenn durch die Vereinbarung zwar der Handel zwischen den Mitgliedstaaten A und B eingeschränkt, der zwischen A und C aber erweitert wird? Was soll gelten, wenn eine Einschränkung gar nicht bewirkt wird, sondern nur eine Veränderung in der Richtung des Warenstroms? Und wie endlich, wenn die Vereinbarung sogar ausschließlich eine Verstärkung des Warenstroms zur Folge hat, u.U. sogar erst die Möglichkeit zur Erschließung eines neuen Marktes schafft?

Bevor der Europäische Gerichtshof zu dieser Frage Stellung genommen hatte, war der Stand der Diskussion folgender: Die EWG-Kommission und ihr folgend die herrschende Meinung sahen eine Beeinträchtigung bereits dann als gegeben an, wenn der Warenstrom infolge der Vereinbarung in seiner Intensität oder Richtung von dem Weg abgelenkt werde, den er ohne sie gehen würde.¹⁾

1) EWG-Kommission in der Entscheidung "Grundig-Consten" in WuW 1964, S. 1073 = GRUR Ausl. 1964, S. 584; Regierung der BRD im "Bosch"-Verfahren, zitiert bei COING, Helmut a.a.O., S. 276; BKartA in Bericht 1961, S. 62. BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 13; BEIER, Friedrich-Karl a.a.O., S. 86; COING, Helmut a.a.O., S. 287; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 41 f; EHLERS, Kurt: Export- und Re-Importverbote in Lizenzverträgen aus der Sicht des EWG-Kartellrechts in: GRUR Ausl. 1963, S. 426; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 32, 34; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 71 ff; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 49; SCHLIEDER, Willy: Die Anwendung der Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages nach dem Erlaß der ersten Durchführungsverordnung in: BB 1962, S. 305; STEINDORFF, Ernst a.a.O., S. 162 f; WOHLFARTH/EVERLING a.a.O., Art. 85 Anm. 4.

Ein Teil des Schrifttums nahm dagegen eine Beeinträchtigung nur an, wenn der Handel irgendwie erschwert werde. Wenn eine Vereinbarung keine Einschränkung mit sich bringe oder einer etwaigen Einschränkung Verbesserungen des Handels in anderer Beziehung gegenüberständen, so müsse eine Abwägung der Vor- und Nachteile, eine Saldierung, vorgenommen werden. Jedenfalls reiche nicht jede Veränderung des Handels für das Verbot aus.¹⁾

Der Europäische Gerichtshof hat zu der Frage folgendermaßen Stellung genommen: "...kommt es darauf an, ob die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann. Deshalb schließt der Umstand, daß eine Vereinbarung zu einer selbst beträchtlichen Ausweitung des Handelsvolumens zwischen Mitgliedstaaten führt, noch nicht aus, daß die Vereinbarung den Handel in der genannten Weise 'beeinträchtigen' kann".²⁾

In einem anderen Urteil³⁾ hat er diese Ausführungen sinngemäß

1) LEHMPFUHL, Rolf-S.: Vertriebsbindungen, FIW-Schriftenreihe, Heft 22, S. 77 ff; SÖLTER, Arno: Die Ausnahmenvorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag in: WuW 1961, S. 667 ff; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EGW-Kartellrecht Erl. 30; WOLF, Ernst: Zum Kartellrecht der EWG in: WuW 1962, S. 651 ff. Er schlägt eine Übernahme der "Rule of Reason" für Art. 85 vor (S. 653 f). KLEEMANN, Gerd a.a.O., in Betrieb 1962, S. 1634; ders. in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 36. Er lehnt die Anwendung der "Rule of Reason" ab und befürwortet eine Saldierung nur, wenn die positiven und negativen Wirkungen einer Maßnahme identisch sind. DURRY, Georges a.a.O., S. 183 sieht Ausschließlichkeitsbindungen dann als verboten an, wenn sie zu künstlich überhöhten Preisen führen, die nicht durch besondere wirtschaftliche Gegebenheiten gerechtfertigt sind.

2) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 389 = WuW/E EWG 130 = AWD BB 1966, S. 307.

3) EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 303 = WuW/E EWG 122 = AWD BB 1966, S. 267; ähnlich auch EuGH, Urteil vom 12.12.1967 WuW 1968, S. 203 = AWD BB 1968, S. 18.

wiederholt und hinzugefügt: "Ob ein Vertrag, der 'ein Alleinvertriebsrecht einräumt', unter Art. 85 fällt, hängt daher insbesondere davon ab, ob er auf dem Markt für bestimmte Waren Handelsschranken zwischen Mitgliedstaaten errichten und so die vom Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung erschweren kann".¹⁾

Damit hat sich der Gerichtshof im Prinzip für die von der Kommission und der herrschenden Meinung vertretenen Ansicht entschieden. Allerdings ist seine Formulierung etwas enger. Es kommt aber klar zum Ausdruck, daß eine Berücksichtigung eventueller Vorteile für den Handel, eine Saldierung, im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 nicht erfolgen kann.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Die Gegenmeinung widerspricht dem Sinn und Zweck des EWG-Vertrags. Die Wettbewerbsregeln verfolgen das Ziel, die künstlichen Handelsschranken zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen. Der Handel soll sich frei von staatlichen oder privaten Maßnahmen ausschließlich nach den Grundsätzen von Angebot und Nachfrage entwickeln können. Er soll grundsätzlich nicht nur von einschränkenden, sondern von allen künstlichen Maßnahmen befreit sein. Hier- von ausgehend, kann man bei Art. 85 Abs. 1 nicht darauf ab- stellen, ob die positiven oder negativen Auswirkungen über- wiegen.²⁾

Dies Ergebnis folgt auch zwingend aus Art. 85 Abs. 3. Die dort enthaltene Freistellungsmöglichkeit macht eine Saldie- rung schon im Rahmen des Abs. 1 unzulässig. Die Befreiung vom Verbot ist nämlich nach Abs. 3 nur unter ganz bestimmten eng begrenzten Voraussetzungen möglich.³⁾ Abs. 3 beweist:

1) EuGH ("Maschinenbau Ulm") a.a.O.; zustimmend KOENIGS, Folkmar in einer Anmerkung in: Europarecht 1966, S. 346; ähnlich EuGH, Urteil vom 12.12.1967 in AWD BB 1968, S. 18.

2) Vgl. statt aller DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 41; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 32; STEINDORFF, Ernst: Das Wettbewerbsrecht der Euro- päischen Gemeinschaften und das nationale Recht in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band I, S. 162 f.

3) Einzelheiten zu Abs. 3 unten S. 191 ff.

Die Verfasser des EWG-Vertrags haben die Möglichkeit, daß eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme auch unschädliche oder sogar wünschenswerte Auswirkungen haben kann, nicht übersehen. Nach ihrem Willen soll dies u.U. auch von Bedeutung sein. Die engen Voraussetzungen des Abs. 3 beweisen aber, daß die Verfasser grundsätzlich allen Wettbewerbsbeschränkungen mißtrauten und zunächst einmal verbieten wollten, so daß die Befreiung die Ausnahme sein sollte.

Wollte man schon bei Abs. 1 eine Saldierung vornehmen, so würde man einmal die Bedeutung des Abs. 3 aushöhlen. Zum anderen würde Abs. 1, der die Bedeutung eines generellen Verbots haben soll, völlig durchlöchert. An die Stelle der genau normierten Voraussetzungen des Abs. 3 träte eine Saldierung, die keine konkreten Anhaltspunkte im Gesetz hätte. Der Rechtsunsicherheit wären Tür und Tor geöffnet, und es bestände die Gefahr, daß das Verbot schließlich nur noch bei solchen Verträgen eingriffe, die keinerlei positiven Auswirkungen für die Allgemeinheit mit sich brächten. Die Konsequenz wäre also, daß die zentrale Bestimmung des EWG-Wettbewerbsrechts zumindest bezüglich der vertikalen Verträge nur auf dem Papier stände.

Von der herrschenden Meinung wird jedoch eine Einschränkung gemacht. Es genügt nach ihr nicht jeder Einfluß auf den Handel, er muß vielmehr "von einiger Bedeutung",¹⁾ "nicht ganz unerheblich",²⁾ "spürbar"³⁾ sein.

Diese Einschränkung ist wohl nicht quantitativ zu verstehen in dem Sinne, daß die Auswirkung einen gewissen Umfang übersteigen müsse. Sie soll vielmehr dazu dienen, rein-theoretische Auswirkungen auszuschließen. Diese Ansicht geht wahrscheinlich auf ein Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs⁴⁾

1) EWG-Kommission ("Grundig-Consten") a.a.O., WuW 1964, S. 1073 = GRUR Ausl. 1964, S. 584.

2) BKartA: Jahresbericht 1961, S. 62.

3) DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 49; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 33; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 74.

4) sog. "Spar"-Urteil, BGH BB 1962, S. 936 f; vgl. dazu GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 33.

zurück, das sich mit § 1 GWB befaßt. Diese Vorschrift enthält den Begriff "Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse", der mit der "Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels" verwandt ist.

Der Bundesgerichtshof hat dazu ausgeführt: "Aus dem Begriff 'Marktverhältnisse' läßt sich nicht folgern, daß der Einfluß des zu beurteilenden Vertrags auf diese Verhältnisse einen bestimmten Mindestumfang überschreiten müsse. Jede nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten ist vielmehr im Sinne des § 1 GWB geeignet, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Eine bloß theoretisch vorstellbare Eignung zur Marktbeeinflussung genügt allerdings nicht".¹⁾

Der Europäische Gerichtshof hat eine derartige Einschränkung nicht vorgenommen.²⁾ Ob man daraus schließen muß, daß nach seiner Ansicht auch rein theoretische Beeinträchtigungen genügen, erscheint zweifelhaft. Es ist zur Erreichung der Ziele des EWG-Vertrags nicht erforderlich, auch solche Verträge zu bekämpfen, bei denen nur ganz entfernt die Möglichkeit besteht, daß sie Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben können. Die bisherigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zwingen daher nicht, von der bisherigen Praxis abzuweichen.³⁾

Schließlich bedeutet der Begriff "Eignung" in Art. 85, daß das Verbot nicht erst dann eingreifen kann, wenn tatsächliche Auswirkungen auf den Handel bereits festgestellt sind. Man muß vielmehr "vorausschauend beurteilen, ob die fragliche Vereinbarung der Errichtung eines einheitlichen Marktes hinderlich sein kann".⁴⁾ Auch ist nicht erforderlich, daß sich die Vereinbarung auf den zwischenstaatlichen Handel bezieht.⁵⁾

1) BGH BB 1962, S. 936.

2) Die "Spürbarkeit" der Beeinträchtigung muß von der "Spürbarkeit" der Wettbewerbsbeschränkung unterschieden werden; zur letzteren unten S. 155 f.

3) ebenso SCHRÖTER, Helmuth a.a.O., S. 114.

4) EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 303 = WuW/E EWG 122 = AWD BB 1966, S. 267.

5) anders KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 38.

b2) Sind nun unter Anwendung der oben dargelegten Grundsätze Alleinvertriebsverträge geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Dabei soll zunächst der Fall untersucht werden, daß der Produzent dem Händler absoluten Gebietsschutz gewährt.

Der Europäische Gerichtshof hat im Fall "Grundig-Consten"¹⁾ in Übereinstimmung mit der Kommission²⁾ eine Beeinträchtigung bejaht, da infolge der Vereinbarung alle Unternehmen außer Consten gehindert seien, Grundig-Erzeugnisse nach Frankreich einzuführen. Zwar kam in diesem Fall noch das Exportverbot Consten's hinzu, aber schon allein durch die Bindung Grundig's wird bewirkt, daß der Handel mit Grundig-Erzeugnissen zwischen Deutschland und Frankreich sich nur noch über Consten abwickelt.

Diese Wirkung ist typisch für Alleinvertriebsverträge zwischen Mitgliedstaaten. Der absolute Gebietsschutz bewirkt, daß die ausländischen Händler die Waren weder direkt vom Produzenten noch durch einen anderen als den vom Hersteller gewählten Alleinvertreter beziehen können. Der Handel zwischen den Ländern, der sich ohne die Bindung auf verschiedene Weise entwickeln könnte, wird so auf eine ganz bestimmte Bahn gezwungen. Somit werden künstliche Handels-schranken errichtet und die Vereinigung der Märkte erschwert. Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz sind also geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.³⁾

1) in Sammlung a.a.O., S. 390 = WuW/E EWG 130 = AWD BB 1966, S. 307.

2) WuW 1964, S. 1073 = GRUR Ausl. 1964, S. 584.

3) BEIER, Friedrich-Karl a.a.O., S. 86; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 46, 55; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 54; de KEYSER, Leon J.: Territorial Restrictions and Export Prohibitions under the United States and the Common Market Antitrust Laws in: Common Market Law Review, Band 2, 1964/65, S. 289; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 92; SCHLUEP, Walter R. a.a.O., S. 148; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 54. Die meisten dieser Autoren unterscheiden allerdings nicht zwischen absolutem und nicht absolutem Gebietsschutz.

b3) Auch soweit absoluter Gebietsschutz nicht gewährt wird, kann das bisherige Ergebnis nicht anders sein. Zwar ist es den ausländischen Händlern jetzt möglich, die Waren von inländischen Großhändlern zu beziehen, da diesen keine Exportverbote auferlegt sind. Ein direkter Bezug vom Produzenten ist ihnen aber auch in diesen Fällen unmöglich. Das genügt, um eine Eignung zur Beeinträchtigung zu bejahen. Der gesamte unmittelbare Warenaustausch zwischen dem Produzenten und dem Ausland vollzieht sich über einen einzigen Händler. Die Freiheit des Handels und der Zusammenschluß der Märkte werden dadurch erschwert. Die EWG-Kommission hat in konsequenter Anwendung ihrer hierzu entwickelten Grundsätze in drei Fällen von Alleinvertriebsverträgen ohne absoluten Gebietsschutz die Eignung zur Beeinträchtigung bejaht.¹⁾

Auch wenn man die engere Definition des Europäischen Gerichtshofs²⁾ zugrundelegt, kommt man zum gleichen Ergebnis. Im Schrifttum wird teilweise aus den Entscheidungen des Gerichtshofs, besonders aus dem Tenor im Fall "Grundig-Consten", der Schluß gezogen, Alleinvertriebsverträge ohne absoluten Gebietsschutz seien nach seiner Ansicht grundsätzlich erlaubt.³⁾

Diese Folgerung ist falsch. Im Fall "Maschinenbau ⁴⁾Ulm", der ein Alleinvertriebsrecht ohne absoluten Gebietsschutz betraf, hat der Gerichtshof zum Ausdruck gebracht, daß ein

1) Kommission in den Fällen "D.R.U.-Blondel" a.a.O., WuW 1965, S. 863 = AWD BB 1965, S. 256; "Hummel-Isbecque" in WuW 1965, S. 868; "Maison Jallatte" in AWD BB 1966, S. 63 = GRUR Ausl. 1966, S. 155; vgl. auch das auf S. 143 Fußn. 1 angegebene Schrifttum.

2) s.o. S. 144 f.

3) so DERINGER, Arved: Alleinvertriebsverträge im Wettbewerbsrecht des Gemeinsamen Marktes in: NJW 1966, S. 1589; HOOTZ, Christian: Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz im EWG-Kartellrecht in: NJW 1966, S. 2249; TESSIN, Claus: Alleinvertriebsverträge im EWG-Kartellrecht in: Betrieb 1966, S. 1262.

4) Vgl. das wörtliche Zitat auf S. 145.

Alleinvertriebsrecht verboten sei, wenn es Handelsschranken errichte und die wirtschaftliche Durchdringung erschwere, ohne allerdings im konkreten Fall die Frage zu entscheiden.

Auch in der Entscheidung "Grundig-Consten" gibt es keine Anhaltspunkte für eine derartige Annahme. Zwar war hier absoluter Gebietsschutz vereinbart. Der Gerichtshof sieht aber die Beeinträchtigung darin, daß alle Unternehmen außer Consten gehindert seien, Grundig-Erzeugnisse nach Frankreich einzuführen.¹⁾ Auch ohne absoluten Gebietsschutz sind aber die Händler zumindest am direkten Bezug der Waren vom Hersteller gehindert. Das genügt zur Beeinträchtigung. Damit steht fest: Alleinvertriebsverträge mit Eigenhändlern, die den Vertrieb zwischen Mitgliedstaaten regeln, sind mit oder ohne absoluten Gebietsschutz geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

b4) Dies Ergebnis ist jedoch im Schrifttum sehr umstritten.

Von den Gegnern wird vor allem auf die Vorteile eines derartigen Vertriebssystems auch für die Allgemeinheit hingewiesen. Die Verträge bewirkten geradezu eine Steigerung des Wettbewerbs und ermöglichten häufig erst die Erschließung neuer Märkte. Ein generelles Verbot würde die Produzenten veranlassen, den Vertrieb nicht mehr durch unabhängige Händler, sondern durch eigene, den Betrieben eingegliederte Vertriebsorganisationen durchzuführen. Die Konzentration der großen Unternehmen werde auf diese Weise gefördert und so der Sinn und Zweck des EWG-Vertrags ins Gegenteil verkehrt.²⁾

1) a.a.O., Sammlung S. 390 = WuW/E EWG 130 = AWD BB 1966, S. 307.

2) so oder ähnlich: CATALANO, Nicola: Les contrats dits d'exclusivité et l'article 85 du Traité de la C.E.E. in: Le droit et les Affaires, 24.2.1964, Document 60, S. 7 ff; HELLMANN/PFEIFFER a.a.O., AWD BB 1962, S. 246; GUGLIELMETTI, Giannantoni: Les exclusivités de vente in: Revue du Marché Commun 1959, Supplément au Nr. 16, S. 41; HOOTZ, Christian a.a.O., NJW 1966, S. 2249 mit Einschränkungen; RITTNER, Fritz: Die vertragsrechtlichen Fragen der Grundig-Consten-Entscheidung in: MA 1965, S. 106.

Diese Argumente sind nicht überzeugend. Die Autoren gehen selber davon aus, daß die Vereinbarungen den Handel beeinflussen. Sie wollen nur deshalb Art. 85 nicht anwenden, weil die positiven Wirkungen überwiegen. Wenn man den Begriff "beeinträchtigen" so auslegt, wie oben darstellt,¹⁾ sind diese Argumente ohne weiteres entkräftet. Eine Saldierung im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 ist eben nicht möglich.

Ferner wird vorgetragen, die im Rahmen des Art. 85 von der herrschenden Meinung gemachte Unterscheidung zwischen Handelsvertretern und Kommissionären auf der einen und Eigenhändlern auf der anderen Seite sei nicht berechtigt. Die zweifellos bestehenden zivilrechtlichen Unterschiede seien kartellrechtlich ohne Bedeutung; denn die wirtschaftlichen Folgen solcher Vereinbarungen seien in allen Fällen gleich.²⁾ Die italienische Regierung hat aus diesem Grund im "Grundig-Consten"-Prozeß sogar die Ansicht vertreten, auch Verträge mit Eigenhändlern seien keine "Vereinbarungen zwischen Unternehmen".³⁾

Rechtlich besteht der Unterschied zwischen den Abnehmern darin, daß Handelsvertreter und Kommissionäre keine "Unternehmen" sind.⁴⁾ Aber auch die wirtschaftlichen Folgen derartiger Vereinbarungen sind unterschiedlich. Der Europäische Gerichtshof weist zu Recht darauf hin, daß "...zwei Absatzorganisationen, von denen die eine in das Herstellerunternehmen eingegliedert ist, die andere nicht, nicht

1) s.o. S. 145 f.

2) CATALANO, Nicola a.a.O., S. 8; HELLMANN/PFEIFFER a.a.O., S. 246; KLEEMANN, Gerd a.a.O., Betrieb 1962, S. 1633; NEUMANN, Erwin: Handelsvertreter-, Kommissionär- und Eigenhändlerverträge im Gemeinsamen Markt in: Betrieb 1962, S. 1496; RITTNER, Fritz a.a.O., MA 1965, S. 104; SÖLTER, Arno a.a.O., S. 67.

3) in Sammlung a.a.O., S. 336 f.

4) s.o. S. 135 f.

notwendig die gleiche Wirksamkeit entfalten".¹⁾ Deshalb sei die wirtschaftliche Analogie unvollkommen. Die innere Organisation eines Unternehmens solle nicht angetastet werden. Bei Verträgen zwischen unabhängigen Unternehmen sei diese Zurückhaltung nicht möglich.²⁾

- c) Nach der hier vertretenen Ansicht ist weiter zu untersuchen, ob solche Alleinvertriebsverträge eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Auch diese Begriffe müssen zunächst allgemein geklärt werden.
- c1) Der EWG-Vertrag enthält keine Definition des Wettbewerbsbegriffs, obwohl er in zahlreichen Bestimmungen verwendet wird. Es ist auch nicht möglich, den Wettbewerbsbegriff aus einer der nationalen Rechtsordnungen zu übernehmen, schon deshalb nicht, weil z.B. zwischen dem deutschen und französischen Rechts grundsätzliche Unterschiede bestehen.³⁾ Man muß vielmehr versuchen, aus dem Vertrag selbst Rückschlüsse zu ziehen.
- Aus Art. 3 f in Verbindung mit den Art. 85 f ergibt sich, daß der Wettbewerb nach dem Willen der Vertragschließenden nicht durch künstliche Maßnahmen beeinflusst werden soll. Er soll sich vielmehr ausschließlich nach den Gesetzen von Angebot und Nachfrage entwickeln. Man muß also stets prüfen, wie sich der Wettbewerb ohne die fragliche Vereinbarung entwickelt hätte.⁴⁾

1) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 388 = WuW/E EWG 129; EuGH ("VO 19") in Sammlung a.a.O., S. 485 = WuW/E EWG 149 = AWD BB 1966, S. 288.

2) EuGH ("VO 19") in Sammlung a.a.O., S. 486 = WuW/E EWG 149 = AWD BB 1966, S. 288; EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 388 = WuW/E EWG 129; zustimmend KOENIGS, Folkmar a.a.O., Europarecht 1966, S. 345.

3) Vgl. dazu SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 37 mit Literaturhinweisen zum französischen Recht.

4) EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 304 = WuW/E EWG 123 = AWD BB 1966, S. 267; ähnlich MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Band 29, Berlin 1963, S. 311.

Unter diesem Gesichtspunkt kann auch ein Monopolist durch eine Maßnahme den Wettbewerb beschränken, wenn er nämlich "seinen Markt gegen die potentielle Konkurrenz von Substituten durch Absprachen...abschirmt oder Gebietsabsprachen trifft, bevor sein Kartellpartner in das zu schützende Gebiet eingedrungen ist".¹⁾

Das Verhältnis der Begriffe "Verhinderung", "Einschränkung" und "Verfälschung" zueinander ist nicht eindeutig. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, in ihrer Gesamtheit entsprächen sie etwa der "Wettbewerbsbeschränkung" in § 1 GWB.²⁾ Danach kommt der "Verfälschung" keine eigene Bedeutung zu.

Diese Ansicht scheint bedenklich. Richtig ist, daß die "Verhinderung" eine besonders intensive Form der "Einschränkung" darstellt. Die "Verfälschung" hat jedoch ihre eigene praktische Bedeutung.³⁾ Für diese Annahme spricht schon die Tatsache, daß der EWG-Vertrag in zahlreichen Bestimmungen nur von einer Wettbewerbsverfälschung spricht, z.B. in Art. 92, 101, 107, 112.⁴⁾ Ihr kommt also offensichtlich eine eigene Bedeutung zu. Außerdem gibt es zahlreiche Maßnahmen, die den Wettbewerb verfälschen, ohne ihn zu beschränken. Das gilt für gewisse staatliche Maßnahmen (Subventionen, Sondersteuern)⁵⁾ und privatrechtliche Vereinbarungen. Wenn z.B. mehrere Unternehmen eine Vereinbarung schließen, durch die sie ihre eigene Wettbewerbsfreiheit nicht einschränken, aber die Wettbewerbschancen Dritter verändern, so wird der Wettbewerb verfälscht, aber nicht eingeschränkt.⁶⁾

1) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 311; ders. in World Unfair a.a.O., S. 49.

2) BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 14; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 24; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 17; KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 40.

3) Vgl. zum folgenden MESTMÄCKER, Ernst-Joachim in World Unfair a.a.O., S. 48 f und ZEITLER, Gottfried: Die Wettbewerbsverfälschung - ein Spezialfall der Wettbewerbsbeschränkung? in: WuW 1963, S. 477 ff.

4) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 48.

5) ZEITLER, Gottfried a.a.O., S. 480.

6) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 48.

Daraus ergibt sich: Die Begriffe "Verhinderung" und "Einschränkung" entsprechen zusammengefaßt der "Wettbewerbsbeschränkung" in den nationalen Rechtsordnungen.¹⁾ Die "Verfälschung" hat selbständige Bedeutung. Zeitler²⁾ definiert den Unterschied so: "Beschränkung heißt quantitativ anders machen, Verfälschung heißt qualitativ anders machen".

Fraglich ist auch das Verhältnis von "bezwecken" und "bewirken" zueinander. Hierzu hat der Europäische Gerichtshof folgendes ausgeführt: "Diese Merkmale sind - wie das Bindewort 'oder' erkennen läßt - nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen. Hieraus ergibt sich zunächst die Notwendigkeit, den eigentlichen Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind. Die in Art. 85 Abs. 1 bezeichneten Wettbewerbsstörungen müssen sich aus der Gesamtheit oder einem Teil der Bestimmungen der Vereinbarung selbst ergeben. Läßt die Prüfung dieser Bestimmungen keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen, so sind die Auswirkungen der Vereinbarung zu untersuchen. Damit die Vereinbarung vom Verbot erfaßt wird, müssen Voraussetzungen vorliegen, aus denen sich insgesamt ergibt, daß der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist".³⁾

Auch im Fall "Grundig-Consten" hat der Gerichtshof bestätigt, daß die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden brauchten, wenn die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt sei.⁴⁾

Dieses Vorgehen des Gerichtshofs ist nicht ohne Kritik ge-

1) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 48.

2) a.a.O., S. 482.

3) EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 303 f = WuW/E EWG 123 = AWD BB 1966, S. 267; vgl. dazu auch SCHLUEP, Walter R. a.a.O., S. 160 ff.

4) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 390 f = WuW/E EWG 131 = AWD BB 1966, S. 308; ebenso BKartA in Jahresbericht 1961, S. 61.

blieben.¹⁾ Es wird argumentiert, es sei realistischer, zunächst die Wirkungen des Vertrags zu prüfen, da es sich hier um objektive und meßbare Tatsachen handle, während die Prüfung der Zwecke subjektiv sei.²⁾ Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsstörung nur bezweckten, seien für den Wirtschaftsverkehr zwischen den EWG-Staaten ohne Bedeutung. Sie zu verbieten, bedeute eine Sanktion gegen bloße wettbewerbsfeindliche Gesinnung. Das Bezwecken allein genüge nicht.³⁾

Der Ansicht des Gerichtshofes ist jedoch zuzustimmen. Sie entspricht dem Aufbau des Art. 85 und ist auch praktischer. Wenn sich nämlich aus einer Vereinbarung klar die Absicht ergibt, den Wettbewerb einzuschränken, so muß es möglich sein, den Vertrag zu verbieten, ohne daß schwierige und zeitraubende Untersuchungen über die tatsächlichen Wirkungen auf den Wettbewerb erforderlich sind.

Das oben angeführte Zitat zeigt ferner, daß der Gerichtshof eine "spürbare" Beeinflussung des Wettbewerbs verlangt.⁴⁾ Das gilt allerdings nur, soweit es sich um das "Bewirken" einer Wettbewerbsstörung handelt. Auch in mehreren Entscheidungen der Kommission taucht der Begriff auf.⁵⁾

Anders als bei der "Spürbarkeit" der "Beeinträchtigung"⁶⁾ ist dieser Begriff wohl quantitativ zu verstehen. Bei der Eignung zur Beeinträchtigung dient er dazu, rein theoretische Auswirkungen auszuschließen. Das ist dort gerechtfertigt, weil nicht die tatsächliche Beeinträchtigung des

1) Vgl. vor allem GLEISS, Alfred: Zwei bedeutsame Urteile des Europäischen Gerichtshofs in: WRP 1967, S. 163 ff.

2) GLEISS, Alfred a.a.O., S. 165.

3) GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 28.

4) EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 304 = WuW/E EWG 123 = AWD BB 1966, S. 267.

5) "D.R.U.-Blondel" a.a.O., AWD BB 1965, S. 256 = WuW 1965, S. 863; "Hummel-Isbecque", WuW 1965, S. 868; "Maison Jallatte" AWD BB 1966, S. 63 = GRUR Ausl. 1966, S. 155.

6) s.o. S. 146 f.

Handels geprüft wird, sondern nur die Eignung zur Beeinträchtigung. Wenn man aber untersucht, ob eine Störung des Wettbewerbs tatsächlich bewirkt wird, kann das Erfordernis der Spürbarkeit nur quantitativ verstanden werden.

Das zeigen auch die weiteren Ausführungen des Gerichtshofs im Fall "Maschinenbau Ulm".¹⁾ Danach ist vor allem der Marktanteil der beteiligten Unternehmen zu prüfen.²⁾ Im Fall "Grundig-Consten" stellt der Gerichtshof bei der Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung fest, daß es sich bei Grundig-Erzeugnissen um "eine weit verbreitete Marke" handle.³⁾ Auch diese Bemerkung deutet darauf hin, daß die "Spürbarkeit" quantitativ zu verstehen ist.

- c2) Es ist nun zu prüfen, ob Alleinvertriebsrechte zwischen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten eine Wettbewerbsstörung bezwecken oder bewirken. Dabei wird wieder mit einem Fall absoluten Gebietsschutzes begonnen. Zwischen den Vertragspartnern besteht kein Wettbewerb, der durch die Vereinbarung beeinflusst werden könnte. Art. 85 verlangt aber nicht, daß gerade der Wettbewerb zwischen den Vertragspartnern beeinträchtigt werden muß. Andernfalls wäre er praktisch auf vertikale Verträge nicht anwendbar.⁴⁾

Spricht man von Wettbewerb, so denkt man primär an den Wettbewerb zwischen Herstellern verschiedener Produkte, den sog. "interbrand competition". Dieser wird durch Alleinvertriebsrechte nicht berührt, der Wettbewerb zwischen den Herstellern entwickelt sich wie vorher.

1) in Sammlung a.a.O., S. 304 = WuW/E EWG 123 = AWD BB 1966, S. 267.

2) Einzelheiten unten S. 164 f; wie hier SCHRÖTER, Helmuth a.a.O., S. 116; SCHLUEP, Walter R. a.a.O., S. 153 ff. Er sieht die Ausführungen des EuGH zur Spürbarkeit als Anwendung der "Rule of Reason" an.

3) EuGH in Sammlung a.a.O., S. 392 = WuW/E EWG 132 = AWD BB 1966, S. 308.

4) s.o. S. 126.

Wenn ein Produzent seine Waren an beliebig viele Großhändler verkauft, so ist jeder bestrebt, so viele dieser Waren wie möglich abzusetzen. Es besteht also ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Verteilern von Erzeugnissen derselben Marke, der sog. "intrabrand competition". Es fragt sich, ob auch diese Erscheinungsform des Wettbewerbs von Art. 85 geschützt wird. Die Frage ist sehr streitig.

Die Kommission der EWG hat die Frage bereits in der Entscheidung "Grundig-Consten" bejaht und dazu ausgeführt: "Für die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 85 Abs. 1 reicht es, wenn eine Ware mehrere Handelsstufen durchläuft, aus, daß der Wettbewerb nur auf einer Handelsstufe verhindert oder eingeschränkt wird. Aus der Tatsache, daß Art. 85 Abs. 1 die Worte "verhindern" und "einschränken" nebeneinanderstellt, sowie aus Art. 85 Abs. 3 Buchstabe b) ergibt sich, daß nicht jede Form des Wettbewerbs in jeder Stufe des Vertriebs zur Anwendung von Art. 85 verhindert sein muß".¹⁾

Die Kommission begründet diese Ansicht ferner damit, Waren der vorliegenden Art (also: Rundfunk-, Fernseh- und Tonbandgeräte) wiesen regelmäßig unterschiedliche äußerliche und technische Merkmale auf. Wenn zwischen vergleichbaren Erzeugnissen verschiedener Hersteller Preisdifferenzen beständen, so wisse der Verbraucher nicht, ob diese auf Unterschieden in der Qualität beruhten oder darauf, daß die Absatzorganisation des einen Unternehmens wirtschaftlicher sei als die des anderen. Wenn aber Waren desselben Herstellers durch verschiedene Händler vertrieben würden und jetzt Preisdifferenzen aufträten, so habe der Verbraucher reelle Wahlmöglichkeiten. Daher komme dieser Form des Wettbewerbs besondere Bedeutung zu.²⁾

In mehreren späteren Entscheidungen hat die Kommission denselben Standpunkt vertreten. Die Alleinvertriebsverträge

1) Kommission ("Grundig-Consten") a.a.O., in WuW 1964, S. 1072 = AWD BB 1964, S. 330 = GRUR Ausl. 1964, S. 584.

2) a.a.O.

betrafen dabei den Vertrieb von Haushaltsgeräten,¹⁾ landwirtschaftlichen Maschinen²⁾ und Schutzstiefeln.³⁾ In allen drei Fällen hat die Kommission erklärt: "Bei Waren der vorliegenden Art sind jedoch die Erzeugnisse der verschiedenen Hersteller durch ihre besonderen Merkmale individualisiert. Diese Individualisierung, die durch eine Marke unterstrichen wird, ermöglicht es, daß sich Verbraucherpräferenzen äußern. Für Waren derselben Marke gewinnt deshalb der Wettbewerb auf der Handelsstufe eine besondere Bedeutung".⁴⁾

Der Europäische Gerichtshof hat die Ansicht der Kommission bestätigt. Auch solche Vereinbarungen seien nach Art. 85 verboten, die den Wettbewerb zwischen einem Beteiligten und dritten Personen verhinderten oder begrenzten. Dies gelte umso mehr, als die Vertragspartner andernfalls versuchen könnten, sich durch die Beschränkung des Wettbewerbs Dritter Vorteile zum Schaden des Verbrauchers zu sichern.⁵⁾

Der Gerichtshof fährt fort: "Der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit gilt für alle Wirtschaftsstufen und für alle Erscheinungsformen des Wettbewerbs. Der Wettbewerb zwischen Herstellern mag zwar im allgemeinen augenfälliger in Erscheinung treten als der zwischen Verteilern von Erzeugnissen einer und derselben Marke. Dies bedeutet aber nicht, daß eine Vereinbarung, die den Wettbewerb zwischen solchen Verteilern beschränkt, schon deswegen nicht unter das Verbot des Art. 85 Abs. 1 fiele, weil sie den Wettbewerb zwischen Herstellern möglicherweise verstärkt".⁶⁾

1) "D.R.U.-Blondel" a.a.O.

2) "Hummel-Isbecque" a.a.O.

3) "Maison Jallatte" a.a.O.

4) "D.R.U.-Blondel", WuW 1965, S. 863 = AWD BB 1965, S. 256; "Hummel-Isbecque", WuW 1965, S. 868 = AWD BB 1965, S. 356; "Maison Jallatte", AWD BB 1966, S. 63 = GRUR Ausl. 1966, S. 155.

5) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 386 = WuW/E EWG 129; ebenso in "VO 19" in Sammlung a.a.O., S. 485 = WuW/E EWG 149 = AWD BB 1966, S. 288; vgl. auch oben S. 126 f.

6) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 390 = WuW/E EWG 131 = AWD BB 1966, S. 308.

An einer anderen Stelle erklärt er, die Förderung des Wettbewerbs zwischen den Händlern sei auch deswegen wichtig, weil die Händler dadurch zu größeren Anstrengungen angeregt würden, und weil die Vertriebskosten einen erheblichen Anteil am Gesamtgestehungspreis annähmen.¹⁾

Diese Ausführungen sind von einem Teil des Schrifttums heftig kritisiert worden.²⁾ Es wird argumentiert, der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung beziehe sich vor allem auf das Verhältnis zwischen verschiedenen Marken. Eine Einschränkung des "intrabrand competition" könne das Verbot nur in Ausnahmefällen erfüllen. Insbesondere sei eine Beschränkung gerechtfertigt, wenn gleichzeitig der "interbrand competition" verstärkt werde.³⁾ Solange auf der Herstellerebene noch spürbarer Wettbewerb bestehe, liege eine Wettbewerbsbeschränkung nicht vor.⁴⁾

Diese Kritik ist nicht berechtigt. Art. 85 enthält keinen Hinweis darauf, daß nur der Wettbewerb zwischen Produzenten geschützt werden soll; denn auch eine Einschränkung des "intrabrand competition" kann den Zielen des EWG-Vertrags zuwiderlaufen, wie der Gerichtshof überzeugend dargestellt hat. Besonders auch im Interesse des Verbrauchers ist diese Auslegung erforderlich. Schließlich kann man auch nicht darauf abstellen, ob die Einschränkung der einen Form durch eine Steigerung der anderen ausgeglichen wird. Eine derartige Saldierung ist wie bei der "Beeinträchtigung" unzulässig.⁵⁾

1) a.a.O., Sammlung S. 392 = WuW/E EWG 132 = AWD BB 1966, S. 308; zustimmend: KOENIGS, Folkmar a.a.O., S. 347; SCHRÖTER, Helmuth a.a.O., WRP 1967, S. 116.

2) GLEISS, Alfred a.a.O., S. 170 ff; GLEISS/HOOTZ: Anmerkung zum Urteil "Grundig-Consten" des EuGH in: AWD BB 1966, S. 311; HOOTZ, Christian: Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz im EWG-Kartellrecht in: NJW 1966, S. 2250; zweifelnd KIRSCHSTEIN, Friedrich a.a.O., S. 784.

3) GLEISS, Alfred a.a.O., S. 170 ff.

4) HOOTZ, Christian a.a.O., S. 2250.

5) s.o. S. 145 f.

Im Fall "Grundig-Consten" hat der Gerichtshof unter Anwendung der dargelegten Grundsätze entschieden, daß die Verpflichtung Grundig's, Dritte auch nicht mittelbar zu beliefern, den Wettbewerb verfälsche. Auf diese Weise solle im Vertragsgebiet jede Wettbewerbsmöglichkeit auf der Großhandelsstufe beseitigt werden.¹⁾ Wörtlich heißt es in dem Urteil: "Der oben festgestellte Sachverhalt bewirkt eine Abriegelung des französischen Marktes und ermöglicht es, für die fraglichen Erzeugnisse Preise anzuwenden, die keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sind...Da die streitige Vereinbarung darauf abzielt, den französischen Markt für Grundig-Erzeugnisse abzuriegeln und innerhalb der Gemeinschaft getrennte nationale Märkte für Erzeugnisse einer weit verbreiteten Marke künstlich aufrechtzuerhalten, verfälscht sie den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes".²⁾

Da der Gerichtshof zu dem Ergebnis kommt, die Wettbewerbsverfälschung sei bezweckt, brauchte er die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht zu prüfen. Er hat demgemäß die Feststellungen, die die Kommission in tatsächlicher Hinsicht getroffen hatte, für unerheblich erklärt und insoweit auf eigene Tatsachenfeststellungen verzichtet.³⁾

Soweit gegen diese Begründung vorgebracht worden ist, der Gerichtshof sei zu Unrecht von einem speziellen Markt für Grundig-Erzeugnisse ausgegangen,⁴⁾ kann auf die früheren Ausführungen verwiesen werden.⁵⁾ Bezüglich der Einschränkung des "intra-brand competition" kann nur der Markt dieser speziellen Erzeugnisse der relevante Markt sein.

1) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 391 = WuW/E EWG 131 = AWD BB 1966, S. 308.

2) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 392 = WuW/E EWG 132 = AWD BB 1966, S. 308.

3) a.a.O., Sammlung S. 392.

4) GLEISS/HOOTZ a.a.O., AWD BB 1966, S. 311; HOOTZ, Christian a.a.O., NJW 1966, S. 2251.

5) s.o. S. 156 ff.

Ferner ist eingewandt worden, der bloße Vertrag zwischen Grundig und Consten hindere niemand am Export, begründe also noch keinen absoluten Gebietsschutz.¹⁾ Dazu sagt der Gerichtshof: "Die Beklagte hat bei ihrer Entscheidung zu Recht das von Grundig geschaffene Vertriebssystem in seiner Gesamtheit berücksichtigt. Um der Bedeutung einer vertraglichen Vereinbarung gerecht zu werden, ist es erforderlich, die wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge zu betrachten, von denen die Vertragschließenden ausgegangen sind. Ein solches Vorgehen kann nicht als Eingriff in Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse angesehen werden, die nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Kommission waren."²⁾

Allgemein ergeben sich also für Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz folgende Konsequenzen: Da alle am Vertrag nicht beteiligten Händler am Bezug der betreffenden Waren gehindert sind, wird der Wettbewerb auf der Händlerebene verfälscht. Ergibt sich aus der Vereinbarung unter Berücksichtigung aller Umstände, daß diese Wirkung von den Parteien betweckt wird, so genügt diese Feststellung für das Verbot. Andernfalls müssen die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb untersucht werden. Eine Berücksichtigung positiver Auswirkungen kann im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 nicht erfolgen. Da die Störung des Wettbewerbs ferner spürbar sein muß, bleiben Verträge außer Betracht, die von Unternehmen mit sehr geringem Marktanteil geschlossen sind.

c3) Ändert sich das Ergebnis, wenn der Hersteller keinen absoluten Gebietsschutz gewährt?

Die Kommission hat in drei Entscheidungen³⁾ das Vorliegen

1) GLEISS, Alfred a.a.O., WRP 1967, S. 170.

2) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 391 = WuW/E EWG 131 = AWD BB 1966, S. 308.

3) "D.R.U.-Blondel" WuW 1965, S. 863 = AWD BB 1965, S. 256; "Hummel-Isbecque", WuW 1965, S. 868 = AWD BB 1965, S. 356; "Maison Jallatte", AWD BB 1966, S. 63 = GRUR Ausl. 1966, S. 155.

einer Wettbewerbsstörung mit der Begründung bejaht, daß alle anderen Händler gehindert seien, die Erzeugnisse unmittelbar vom Produzenten zu beziehen. So hat sie z.B. im Fall "D.R.U.-Blondel" erklärt: "Unter diesen Umständen hat die Tatsache, daß allein Blondel unmittelbar bei D.R.U. beziehen kann - abgesehen von der Beschränkung der Freiheit der Parteien - zur Folge, daß die Stellung von Dritten, namentlich von anderen Händlern, die die Vertragswaren importieren möchten, spürbar verändert wird. Infolgedessen bezweckt die Vereinbarung insbesondere eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes im Sinne von Art. 85 Abs. 1".¹⁾

Der Europäische Gerichtshof hat einen derartigen Fall bisher noch nicht ausdrücklich entschieden. Seine Ausführungen in zwei Entscheidungen haben zu unterschiedlichen Auslegungen geführt. Ein Teil des Schrifttums kommt zu dem Schluß, der Gerichtshof neige dazu, Alleinvertriebsverträge ohne absoluten Gebietsschutz grundsätzlich als erlaubt anzusehen.²⁾ Dieser Schluß ist nicht richtig.

Die Kommission hatte im Fall "Grundig-Consten" die gesamte Vereinbarung für verboten erklärt.³⁾ Aus ihrer Begründung ergab sich aber, daß sie die Zuwiderhandlung nicht in der Verpflichtung Grundig's sah, in Frankreich nur Consten unmittelbar zu beliefern, sondern in der Vereinbarung des absoluten Gebietsschutzes.

Dieses Vorgehen hat der Gerichtshof beanstandet. Er erklärt zu Recht, daß die Nichtigkeit eines Teils einer Vereinbarung nur dann zur Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung führt, wenn sich die Teile nicht voneinander trennen lassen.⁴⁾ Er fährt fort: "Die Kommission mußte daher entweder sich im Tenor der angefochtenen Entscheidung darauf beschränken,

1) a.a.O., WuW 1965, S. 863; entsprechend in WuW 1965, S. 868 und AWD BB 1966, S. 63.

2) DERINGER, Arved a.a.O., NJW 1966, S. 1589; HOOTZ, Christian a.a.O., NJW 1966, S. 2249; SCHLUEP, Walter R. a.a.O., S. 155; TESSIN, Claus a.a.O., Betrieb 1966, S. 1262.

3) a.a.O., WuW 1964, S. 1071 ff = AWD BB 1964, S. 329 ff.

4) Einzelheiten unten S. 189 f.

die Zuwiderhandlung nur für diejenigen Teile der Vereinbarung festzustellen, die unter das Verbot fallen, oder in der Begründung angeben, weshalb sich diese Teile nach ihrer Auffassung nicht von den anderen Teilen der Vereinbarung trennen lassen.

Aus Art. 1 der Entscheidung geht indessen hervor, daß die Feststellung der Zuwiderhandlung sich auf die gesamte Vereinbarung bezieht. Die Kommission hat jedoch nicht hinreichend begründet, weshalb es ihr erforderlich erschien, die Vereinbarung in ihrer Gesamtheit zu verbieten. Es ist nicht erwiesen, daß alle ihre Klauseln gegen Art. 85 Abs. 1 verstoßen. Der festgestellte Verstoß ergibt sich vielmehr aus bestimmten Klauseln der Vereinbarung, die einen absoluten Gebietsschutz begründen".¹⁾ Daher wurde dieser Teil der Entscheidung der Kommission aufgehoben.

Daraus ergibt sich: Der Gerichtshof hat keineswegs ausgesprochen oder auch nur angedeutet, die Vereinbarung sei ohne den absoluten Gebietsschutz erlaubt. Er hat lediglich erklärt, da die Kommission ihr Verbot insoweit nicht begründet habe, müsse dieser Teil der Entscheidung aufgehoben werden.²⁾

Auch die Ausführungen im Fall "Maschinenbau Ulm"³⁾ können nicht so verstanden werden, wie es ein Teil der Literatur tut. Der Gerichtshof erklärt zunächst allgemein, wann eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird⁴⁾ und fährt dann fort:

"Das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung kann vor allem dann zweifelhaft erscheinen, wenn sich die Vereinbarung gerade für das Eindringen eines Unternehmens in ein Gebiet, in dem es bisher nicht tätig war, als notwendig erweist. Daher sind bei der Entscheidung darüber, ob ein Vertrag, der ein

1) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 393 = WuW/E EWG 132 = AWD BB 1966, S. 308.

2) so KIRSCHSTEIN, Friedrich a.a.O., WuW 1966, S. 781 FuBn. 25; SCHRÖTER, Helmuth a.a.O., WRP 1967, S. 115.

3) in Sammlung a.a.O., S. 303 f = WuW/E EWG 123 = AWD BB 1966, S. 267.

4) s.o. S. 154.

Alleinvertriebsrecht einräumt, wegen seines Zwecks oder seiner Wirkung als verboten anzusehen ist, insbesondere Art und Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse in Betracht zu ziehen; ferner ist zu prüfen, welche Stellung und Bedeutung der Lieferant und der Vertriebsberechtigte auf dem Markt dieser Erzeugnisse innehaben, ob die Vereinbarung für sich allein steht oder Bestandteil einer Gesamtheit von Vereinbarungen ist, ob die zum Schutz des Alleinvertriebsrechts dienenden Klauseln besonders einschneidend sind oder ob sie im Gegenteil Wiederausfuhr und parallele Einfuhr der fraglichen Erzeugnisse zulassen und diesen somit andere Absatzwege offenhalten".¹⁾

Diese Prüfung ist, wie sich aus dem Zusammenhang der Ausführungen ergibt, nur erforderlich, wenn die Vereinbarung für das Eindringen eines Unternehmens in ein neues Gebiet nötig ist.

Damit läßt sich für Alleinvertriebsverträge ohne absoluten Gebietsschutz feststellen: Die Wettbewerbsstörung auf der Händlerebene ist nicht so stark wie bei absolutem Gebietschutz; denn die nicht am Vertrag beteiligten ausländischen Händler können die Waren von inländischen Großhändlern beziehen. Da ihnen aber der unmittelbare Bezug vom Produzenten versagt ist, haben sie einen erheblichen Wettbewerbsnachteil gegenüber dem Alleinvertreter. Dadurch wird der Wettbewerb auf der Händlerebene gestört. Für die Spürbarkeit gelten die früheren Ausführungen entsprechend.²⁾

Ergebnis:

Ein Alleinvertriebsrecht, das einem Eigenhändler für den Vertrieb von einem Mitgliedstaat in einen anderen eingeräumt wird, ist im Regelfall nach Art. 85 Abs. 1 verboten, gleichgültig ob absoluter Gebietsschutz gewährt ist oder

1) EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 304 = WuW/E EWG 123 = AWD BB 1966, S. 267.

2) s.o. S. 155 ff.

nicht.¹⁾ Ob diese Verträge einem der in Art. 85 aufgeführten Vertragstypen entsprechen, kann dahingestellt bleiben, da diese Beispiele, wie sich aus dem Wort "insbesondere" ergibt, nicht erschöpfend sind. Es sei nur darauf hingewiesen, daß diese Bindungen dem Wortlaut nach sowohl unter b) ("Einschränkung des Absatzes") als auch unter c) ("Aufteilung der Märkte") subsumiert werden können.²⁾

2. Als nächste sollen Vereinbarungen untersucht werden, an denen Unternehmen in Drittstaaten beteiligt sind. Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden:

- 1) Der Produzent hat seinen Sitz in einem Mitgliedstaat und gibt einem Händler in einem Drittstaat den Alleinvertrieb für diesen Staat.
- 2) Der Produzent hat seinen Sitz außerhalb der EWG, der Abnehmer innerhalb, und das Alleinvertriebsrecht betrifft einen oder mehrere Mitgliedstaaten.
- 3) Beide Unternehmen gehören Drittstaaten an, das Alleinvertriebsrecht bezieht sich auf einen Mitgliedstaat.

Zu 1):

Ein solcher Fall lag einer Entscheidung der Kommission vom 11.3.1964 zugrunde.³⁾ Der französische Produzent Grosfillex hatte dem schweizerischen Unternehmen Fillistorf für den Vertrieb seiner Erzeugnisse im Gebiet der Schweiz ein Alleinvertriebsrecht eingeräumt.

Zur Frage der Beeinträchtigung des Handels hat sich die Kommission nicht geäußert, da sie schon das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung verneinte. Sie ist aber zuerst zu prüfen.⁴⁾

1) so im Ergebnis: BEIER, Friedrich-Karl a.a.O., S. 86; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 46, 55;

GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 54; de KEYSER, Leon J. a.a.O., S. 289; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 92; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 54.

2) Vgl. statt aller DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 55, 58.

3) Fall "Grosfillex" WuW 1964, S. 558 ff = GRUR Ausl. 1964, S. 381.

4) s.o. S. 133.

Die Tatsache allein, daß eins der beteiligten Unternehmen seinen Sitz außerhalb des Gemeinsamen Marktes hat, besagt noch nichts gegen die Anwendbarkeit des Art. 85, da es nur auf die Auswirkungen für den zwischenstaatlichen Handel ankommt.¹⁾ Unmittelbarer Vertragsgegenstand ist der Handel zwischen Frankreich und der Schweiz. Dieser Handel wird von Art. 85 nicht geschützt. Es fragt sich aber, ob mittelbare Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten vorliegen.²⁾ Die Kommission hat bereits 1962 in einer Antwort auf eine Anfrage mitgeteilt, daß das der Fall sein kann.³⁾

Bei der Prüfung der Frage wird wieder von absolutem Gebietsschutz ausgegangen. Die Verpflichtung des Produzenten, keinen anderen Abnehmer in der Schweiz zu beliefern, beeinträchtigt zunächst den Handel zwischen Frankreich und der Schweiz. Die anderen Abnehmer in der Schweiz können die Waren aber nicht vom Produzenten beziehen und folglich auch nicht in andere EWG-Staaten weiterliefern. Der Handel von Frankreich über die Schweiz z.B. in die BRD kann nur den Weg über den Alleinvertriebsberechtigten gehen. Darin könnte man eine mittelbare Beeinträchtigung des Handels zwischen Frankreich und der BRD sehen. Ob diese Wirkung zur Anwendung des Art. 85 genügt, erscheint jedoch sehr zweifelhaft. Regelmäßig wird es an der Spürbarkeit der Beeinträchtigung fehlen, wenn nicht der direkte Warenaustausch zwischen zwei Mitgliedstaaten berührt wird, sondern nur der Handel unter Einschaltung eines Drittstaates. Solange der direkte Warenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten frei ist, wird Art. 85 in aller Regel nicht anwendbar sein.

Infolge des absoluten Gebietsschutzes muß der französische Produzent aber auch seinen deutschen Abnehmern die Verpflichtung auferlegen, die Waren nicht in die Schweiz wei-

1). Vgl. statt aller MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., in World Unfair S. 50; GRAUPNER, R.: Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags für Unternehmen in Ländern außerhalb der EWG in: AWD BB 1963, S. 1 ff.

2) Dazu, daß solche Wirkungen genügen, oben S. 138 f.

3) WuW 1962, S. 641.

terzuexportieren. Das bedeutet eine Beeinträchtigung des Handels Frankreich - Schweiz und BRD - Schweiz, nicht aber Frankreich - BRD. Der deutsche Abnehmer kann die Waren beziehen und sie in jeden Mitgliedstaat weiterliefern, nur nicht in den Drittstaat Schweiz.

Daraus folgt: Derartige Verträge sind nicht geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Das gilt erst recht für Verträge ohne absoluten Gebietsschutz.¹⁾

Die Vereinbarung bezweckt oder bewirkt auch keine Wettbewerbsverfälschung im Bereich des Gemeinsamen Marktes. Im Bereich der Schweiz wird der Wettbewerb auf der Händlerebene ausgeschaltet, aber nicht im Bereich eines Mitgliedstaates. Auch die dem Produzenten und den Abnehmern auferlegte Verpflichtung, die Waren nicht in die Schweiz zu liefern, wirkt sich nur auf ihre Betätigungsfreiheit außerhalb des Gemeinsamen Marktes aus und ist deshalb für Art. 85 irrelevant. Daher ist auch aus diesem Grund Art. 85 nicht anwendbar.²⁾

Zu 2):

3. Beispiel: Ein englischer Produzent vereinbart mit seinem französischen Abnehmer ein Alleinvertriebsrecht für Frankreich mit absolutem Gebietsschutz.

Beeinträchtigt wird unmittelbar nur der Handel zwischen England und Frankreich. Es treten aber folgende weitere Wirkungen auf: Andere französische Händler können die Waren nicht beziehen und folglich nicht in die BRD weiterliefern. Deutsche Abnehmer können die Waren zwar vom Produzenten beziehen, aber nur mit der Einschränkung, daß sie sie nicht nach Frankreich weiterliefern. Der Handel zwischen Mitgliedstaaten wird also mittelbar berührt.

1) GLEISS/HIRSCH a.a.O., NJW 1964, S. 1606; dies. in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 38; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 30.

2) So im Ergebnis auch die Kommission im Fall "Grosfillex" a.a.O., WuW 1964, S. 558 ff, ohne aber das Ergebnis hinsichtlich der Bindung des Produzenten näher zu begründen; vgl. ferner EWG-Kommission, 6.11.1968, WuW/E EWG 205 ff; SCHLUEP, Walter R. a.a.O., S. 149.

Diese Beeinträchtigung ist stärker als im Fall 1). Dort konnte die Ware frei zwischen den Mitgliedstaaten gehandelt werden, nur nicht auf dem Weg über einen Drittstaat. Im Fall 2) dagegen ist der unmittelbare Handel von Frankreich nach Deutschland nicht frei. Der Strom der englischen Waren von Frankreich in die anderen Länder der EWG erfolgt nur auf einem einzigen, künstlich geschaffenen Weg. Deshalb sind solche Vereinbarungen geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.¹⁾ Die Beeinträchtigung ist auch spürbar; denn sie ist nicht nur theoretische Möglichkeit, sondern eine naheliegende Folge der Vereinbarung. Der EWG-Vertrag will nicht etwa nur den Handel mit Erzeugnissen der Mitgliedstaaten schützen, sondern den Handel mit allen Produkten zwischen den Mitgliedern. Die Vereinbarung bezweckt ferner eine Wettbewerbsbeschränkung innerhalb des Gemeinsamen Marktes. Auf dem französischen Markt wird der Wettbewerb auf der Händlerebene mit diesen Waren ausgeschaltet. Somit sind diese Verträge nach Art. 85 Abs. 1 verboten.

Wird kein absoluter Gebietsschutz vereinbart, so muß der englische Produzent lediglich direkte Belieferungen anderer französischer Händler unterlassen. Die Abnehmer in den anderen Mitgliedstaaten können die Waren nach Frankreich weiterliefern. Aber kein französischer Händler außer dem Vertriebsberechtigten kann die Waren direkt vom Produzenten beziehen und in die anderen EWG-Staaten weiterliefern. Der Warenverkehr zwischen Frankreich und den übrigen Staaten vollzieht sich nur durch einen Händler. Daher wird auch ohne absoluten Gebietsschutz der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

1) GRAUPNER, R. a.a.O., S. 129; PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER a.a.O., Art. 85 Anm. 72; anderer Ansicht SCHLUEP, Walter a.a.O., S. 148; unentschieden DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 46; GUENTHER, Eberhard: Europäische und nationale Wettbewerbspolitik in: Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 291.

Die Vereinbarung bezweckt ferner eine Wettbewerbsbeschränkung in Frankreich, da nur ein französischer Händler die Waren direkt vom Produzenten erwerben kann. Deshalb ist ein derartiges Alleinvertriebsrecht auch ohne absoluten Gebietsschutz verboten.

Zu 3):

Beispiel: Ein englischer Produzent gibt einem englischen Händler den Alleinvertrieb für Frankreich. Grundsätzlich können auch Verträge, an denen nur Unternehmen aus Drittstaaten beteiligt sind, nach Art. 85 verboten sein, da es nur auf die Auswirkungen ankommt.¹⁾ Die Ziele des EWG-Vertrags können durch derartige Verträge ebenso gefährdet werden wie durch Verträge zwischen Unternehmen aus Mitgliedstaaten.

Es wird die Ansicht vertreten, in derartigen Fällen müsse das Verbot des Art. 85 enger ausgelegt werden. So genüge nicht die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels, sondern eine Beeinträchtigung müsse tatsächlich eingetreten sein.²⁾ Diese Ansicht steht im Widerspruch zu dem Wortlaut und Sinn des Vertrages. Auch hier genügt vielmehr die Eignung. In dem gebildeten Beispiel kann kein Abnehmer in Frankreich die Waren direkt vom Hersteller beziehen und innerhalb des Gemeinsamen Marktes vertreiben, bei absolutem Gebietsschutz ist ferner jedem Abnehmer außerhalb Frankreichs der Vertrieb nach Frankreich untersagt. Die Wirkung auf den zwischenstaatlichen Handel ist also dieselbe wie im Fall 2).³⁾

1) Vgl. dazu: HUG, Walther: Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen des Montanvertrages und des Vertrages über die EWG auf in Nichtmitgliedstaaten veranlaßte Beschränkungen des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt in: Kartelle und Monopole Band II, S. 603 ff; ebenso SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Etl. 26; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 37; anderer Ansicht LEHMPPUHL, Rolf in Vertriebsbindungen a.a.O., S. 71.
2) HOMBURGER/JENNY: Internationalrechtliche Aspekte des EWG-Wettbewerbsrechts, Bern 1966, S. 63 f, 79 f.
3) SPENGLER, Albrecht a.a.O., in MA 1960, S. 888; GRAUPNER, R. a.a.O., S. 130; PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER a.a.O., Art. 85 Anm. 72; anderer Ansicht SCHLUEP, Walter a.a.O., S. 151.

Der Vertrag bezweckt ferner eine Wettbewerbsbeschränkung, da in Frankreich auf der Händlerebene kein Wettbewerb mehr stattfindet. Auch diese Verträge sind daher verboten.

Ergebnis:

Alleinvertriebsverträge unter Beteiligung von Unternehmen in Drittstaaten sind erlaubt, wenn das Alleinvertriebsrecht den Vertrieb in einem Drittstaat betrifft, verboten, wenn es den Vertrieb in einem Mitgliedstaat betrifft. Im letzteren Fall ist es gleichgültig, ob nur der Produzent oder auch der Abnehmer seinen Sitz außerhalb der EWG hat.

2. Abschnitt:

Dem früheren Aufbau folgend, sollen nun die Gebietsausschließlichkeiten behandelt werden, die den Abnehmer beschränken.

1. Unterabschnitt:

Verträge mit Handelsvertretern und Kommissionären fallen nicht unter das Verbot, und zwar nach richtiger Ansicht deshalb, weil diese Abnehmer keine "Unternehmen" im Sinne des Art. 85 sind.¹⁾ Die herrschende Meinung begründet das gleiche Ergebnis damit, daß eventuell eintretende Wettbewerbsstörungen Ausfluß der gesetzlichen Treupflicht seien.²⁾

Bei Verträgen mit Eigenhändlern ist zunächst der Fall zu behandeln, daß die Bindung nur innerhalb eines Mitgliedstaates gilt.

1) s.o. S. 130 ff, insbesondere die Stellungnahme des EuGH. Wie hier PLAISANT, R. a.a.O., Revue trim. de Droit Comm. 1964, S. 20; PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER a.a.O., Art. 85 Anm. 28, 456.

2) s.o. S. 132 ff; vgl. außer der Kommission a.a.O. DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 55 Fußn. 68; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 54; HELLMANN/PFEIFFER a.a.O., S. 245; KLEEMANN, Gerd a.a.O., Betrieb 1962, S. 1632; LOEWISCH, Manfred a.a.O., in Diss., S. 161; SPENGLER, Albrecht in Gem. Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 64.

2. Unterabschnitt:

Ein solcher Fall liegt vor, wenn z.B. ein deutscher Produzent seinen Vertrieb innerhalb der BRD in der Weise organisiert, daß er für jedes Bundesland einen Händler bestellt und jeder dieser Händler sich verpflichtet, außerhalb seines Bundeslandes die Waren nicht zu vertreiben. Häufig ist in einer solchen Vereinbarung gleichzeitig ein Exportverbot enthalten.¹⁾ Es gibt aber auch Fälle, in denen die Parteien nicht an einer Regelung des Exports interessiert sind. Fraglich ist, ob auch eine rein nationale Vereinbarung geeignet sein kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Der Europäische Gerichtshof hatte sich in einem Urteil vom 12.12.1967²⁾ mit einem Ausschließlichkeitsvertrag zu befassen, den eine belgische Brauerei mit einer belgischen Gastwirtschaft geschlossen hatte. Obwohl derartige ausschließliche Bierlieferungsverträge nicht den Gegenstand dieser Arbeit bilden, ist die Entscheidung von Bedeutung, weil ein Teil der Ausführungen des Gerichtshofes auch für Gebietsausschließlichkeiten zutrifft.

Der Gerichtshof hat erklärt, für die Frage der Wettbewerbsbeschränkung und der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels sei nicht der einzelne Vertrag isoliert zu prüfen, sondern auch das Bestehen ähnlicher Verträge auf dem betreffenden Markt. Die Wirkung der Vereinbarung auf den Wettbewerb könne nicht beurteilt werden, wenn diese aus dem Markt, in dem sie auftrete, herausgelöst werde. Es könne auf das Bestehen gleichartiger Verträge dann ankommen, wenn die Verträge in ihrer Gesamtheit geeignet seien, die Freiheit des Handels einzuschränken.

Für die Beeinträchtigung des Handels gelte Ähnliches. Sie sei gegeben, wenn sich an einer Gesamtheit objektiver

1) Nach DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 45 ist sogar in jeder derartigen Vereinbarung zugleich ein Exportverbot enthalten.

2) AWD BB 1968, S. 17 ff.

rechtlicher und tatsächlicher Begleitumstände vorhersehen lasse, daß die Vereinbarung den Warenverkehr unmittelbar oder mittelbar beeinflussen, zur Errichtung von Handels-schranken beitragen und die Durchdringung der Märkte erschweren könne. Auch zu diesem Zweck müsse die Gesamtheit der Vereinbarungen berücksichtigt werden. Das Bestehen gleichartiger Verträge ist nach Ansicht des Gerichtshofes zwar nicht allein ausschlaggebend, aber einer unter mehreren zu berücksichtigenden Umständen.

Die Entscheidung beweist zunächst, daß nach Ansicht des Gerichtshofes auch eine Bindung, die unmittelbar nur auf den Markt eines Mitgliedstaates bezogen ist, unter das Verbot des Art. 85 fallen kann. Ferner zeigt sie, daß Verträge, die für sich allein nicht zur Beeinträchtigung des Handels geeignet sind, im Zusammenhang mit ähnlichen Verträgen auf demselben Markt eine Gefahr für den Handel darstellen können.

Unmittelbar betroffen wird durch eine derartige Vereinbarung nur der Handel innerhalb eines Mitgliedstaates. Folgende mittelbare Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten ist aber möglich: Angenommen, einem deutschen Händler mit Sitz in Schleswig-Holstein ist es untersagt, bestimmte Produkte außerhalb Schleswig-Holstein's in der BRD zu vertreiben. Der Export ist ihm erlaubt, aber praktisch erschwert. Wenn er z.B. in Niedersachsen verkaufen dürfte, so könnte er sich dort einen Kundenkreis schaffen, eine Geschäftsniederlassung gründen und von dort beispielsweise nach Holland exportieren. Da er aber in Niedersachsen nicht tätig sein darf, lohnt sich für ihn u.U. der Export wegen der Entfernungen nicht, so daß er ihn freiwillig unterläßt. In einem solchen Fall würde die Vereinbarung zur Einschränkung des Warenaustausches zwischen zwei Mitgliedstaaten führen. Das Beispiel wird noch deutlicher, wenn man einen Händler in Süditalien annimmt, der nicht in Nord- und Mittelitalien tätig sein darf. Für ihn wird sich der Export in andere EWG-Länder häufig wegen der Entfernungen nicht lohnen.

Es sind also Fälle denkbar, in denen eine nationale Gebietsausschließlichkeit im Vertrieb geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Die Frage muß in jedem Einzelfall entschieden werden. Dabei sind gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch ähnliche Verträge anderer Unternehmen auf dem betreffenden Markt zu berücksichtigen.

Die Frage nach den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen derartiger Verträge ist nicht anders zu beantworten als bei grenzüberschreitenden Verträgen. Es genügt für Art. 85, daß der Wettbewerb in dem Gebiet eines Mitgliedstaats oder in einem Teil desselben beschränkt wird. Das ist der Fall, weil der Wettbewerb auf der Händlerebene eingeschränkt oder sogar ganz ausgeschaltet wird. Somit können auch Bindungen des Abnehmers innerhalb eines Mitgliedstaates nach Art. 85 Abs. 1 verboten sein.¹⁾

3. Unterabschnitt:

1. Bei Bindungen des Abnehmers im grenzüberschreitenden Warenverkehr ist zunächst der Fall zu behandeln, daß der Handel zwischen zwei Mitgliedstaaten geregelt wird. Beispiel: Ein deutscher Produzent verbietet seinem französischen Abnehmer, die Waren in andere Länder der EWG zu exportieren.²⁾ Das gleiche Verbot kann einem deutschen Abnehmer auferlegt werden.

Ob derartige Exportverbote nach Art. 85 verboten sind, ist sehr streitig. Der Europäische Gerichtshof hatte die Frage im "Bosch"-Urteil noch offengelassen und lediglich erklärt,

1) Das wird grundsätzlich anerkannt von: TESSIN, Claus a.a.O., AWD BB 1962, S. 129; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 43 ff; PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER a.a.O., Art. 85 Anm. 451; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 36 (bezüglich inländischer Kartelle); vgl. auch LG München MA 1963, S. 122.

2) Vgl. den Fall "Grundig-Consten" oben S. 140 f.

3) WuW/E EWG 51.

es sei nicht ausgeschlossen, daß Exportverbote unter Abs. 1 fielen.¹⁾ In dem Urteil "Grundig-Consten"²⁾ hat er dann die Entscheidung der Kommission³⁾ bestätigt und das Exportverbot für verboten erklärt, weil es den Abnehmer Consten daran hindere, die Waren in andere Länder des Gemeinsamen Marktes wiederauszuführen. Die herrschende Meinung steht ebenfalls auf dem Standpunkt, daß derartige Exportverbote grundsätzlich verboten sind.⁴⁾

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Das Exportverbot führt dazu, daß die Waren nicht durch viele konkurrierende Händler exportiert werden können, sondern nur durch den, dem der Export gestattet ist. Der Warenstrom wird in eine künstliche Bahn gelenkt. Darin liegt eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

1) Ähnlich BGH NJW 1964, S. 155.

2) in Sammlung a.a.O., S. 390 = WuW/E EWG 130 = AWD BB 1966, S. 307.

3) WuW 1964, S. 1073.

4) BKartA Betrieb 1962, S. 669; LG München MA 1963, S. 124; BEIER, Friedrich-Karl: Die kartellrechtliche Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt und den USA in: GRUR Ausl. 1964, S. 86; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 45; EHLERS, Kurt: Export- und Re-Importverbote in Lizenzverträgen aus der Sicht des EWG-Kartellrechts in: GRUR Ausl. 1963, S. 426; GLEISS/HIRSCH a.a.O., AWD BB 1962, S. 123; JEANTET, Fernand-Charles: Première décision de la Commission de la C.E.E. appliquant l'article 85 du Traité de Rome à un accord de distribution exclusive in: La Semaine Juridique 1964, Doctrine 1871, S. 3; de KEYSER, Leon J.: Territorial Restrictions and Export Prohibitions under the United States and the Common Market Antitrust Laws in: Common Market Law Review, Band 2, 1964/65, S. 288 f; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 83; KUHLMANN, H.G.: Preisbindung und EWG-Vertrag in: WRP 1959, S. 46; LOEBELL: Schutz der Preisbindung durch Export- und Re-Importverbot in: WRP 1964, S. 35; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 52. Er weist vor allem darauf hin, daß Exportverbote sinnlos sind, wenn es keine Unterschiede im Preisniveau gibt und daß sie deshalb in der Regel vereinbart werden, um Preisunterschiede in den Mitgliedstaaten aufrechtzuerhalten; PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER a.a.O., Art. 85 Anm. 64; SCHOLZ, Ulrich: Die vertikale Preisbindung und das Wettbewerbsrecht der EWG in: WRP 1963, S. 5. Im Schrifttum wird ferner die Frage geprüft, ob Exportverbote gegen Art. 7 verstoßen, vgl. SCHOLZ, Ulrich a.a.O., S. 5; KUHLMANN, H.G. a.a.O., S. 46.

Gegen diese Ansicht wird vorgebracht, durch Exportverbote werde der Handel gefördert, oft sogar erst ermöglicht. Sie gewährleisten eine gleichmäßige Versorgung aller Märkte.¹⁾ Der EWG-Vertrag wolle nicht den regellosen Absatz begünstigen, sondern achte durchaus die bewährten Vertriebssysteme.²⁾ Aus diesen Gründen seien Exportverbote allenfalls dann verboten, wenn sie aus sachlich nicht berechtigten Gründen, z.B. zum Schutz überhöhter Preise, auferlegt würden. Ferner wird vorgebracht, daß Exportverbote häufig für einen Produzenten unerlässlich seien, um nicht mit ausländischen gewerblichen Schutzrechten in Konflikt zu kommen.³⁾

Um diese Argumente zu entkräften, braucht man sich nur erneut die Bedeutung des Begriffs "Beeinträchtigung" vor Augen zu führen. Eine Saldierung zwischen positiven und negativen Wirkungen ist im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 nicht zulässig. Da durch Exportverbote der Warenstrom von seinem natürlichen Weg abgelenkt wird, liegt eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vor.⁴⁾

Auch das Vorliegen einer Wettbewerbsstörung wird teilweise verneint. Es wird gesagt, Alleinvertriebsrechte und Exportverbote seien oft die einzige Möglichkeit, neue Märkte zu erschließen. Kein Großhändler werde sich dazu bereit finden, mit erheblichen Kosten für Werbung, Kundendienst usw.

1) OLG München NJW 1963, S. 1747; LG Wiesbaden NJW 1968, S. 1050; BASSON, Claus-Peter a.a.O., S. 602; KLEEMANN, Gerd a.a.O., in Betrieb 1962, S. 1634; LEHMPFUHL, Rolf-S. a.a.O., S. 79 (mit Einschränkungen); LOEWISCH, Manfred a.a.O., S. 161; RITTNER, Fritz: Die vertragsrechtlichen Fragen der Grundig-Consten-Entscheidung in: MA 1965, S. 106; SCHWARTZ, Gustav a.a.O., S. 322; WOHLFARTH/EVERLING a.a.O., Art. 85 Anm. 8.

2) LEHMPFUHL, Rolf-S. a.a.O., S. 78.

3) Dieser Sonderfall wie überhaupt alle warenzeichenrechtlichen Fragen werden hier nicht erörtert; vgl. dazu SCHWARTZ, Gustav a.a.O., S. 321; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O. Art. 85 Abs. 62 ff; ferner die Entscheidung "Grundig-Consten" und die dazu ergangenen Aufsätze von HEISEKE, Jütgen: Die warenzeichenrechtliche Problematik der Entscheidung der EWG-Kommission im Fall Grundig/Consten in: NJW 1965, S. 1409; RITTNER, Fritz: Die warenzeichenrechtlichen Fragen der Grundig-Consten-Entscheidung in: MA 1965, S. 183 ff; SCHUMACHER, Hermann in WuW 1967, S. 3.

4) s.o. S. 142 ff.

einen Markt zu bearbeiten, wenn er nicht die Gewißheit habe, daß ihm nicht später andere Händler mit den gleichen Erzeugnissen die besten Geschäfte wegnähmen. Es sei nur gerecht, wenn dieser Händler auch die gesamten Vorteile des neuen Marktes habe. Durch Exportverbote werde verhindert, daß Händler von der Arbeit anderer in unlauterer Weise profitierten.¹⁾ Durch solche Außenseitergeschäfte könne zudem der Ruf der Waren leiden, wenn z.B. der Außenseiter später keinen Kundendienst übernehme.²⁾ Wenn es demnach überhaupt zu einer Wettbewerbsbeschränkung komme, dann werde allenfalls solcher Wettbewerb verhindert, der unlauter sei. Unlauterer Wettbewerb von Außenseitern sei aber nicht schützenswert und auch nicht in Art. 85 gemeint.³⁾

Eine andere Argumentation ist ähnlich: Die eventuell eintretende Wettbewerbsbeschränkung werde dadurch ausgeglichen, daß die Exportverbote auf der anderen Seite eine Wettbewerbsverfälschung verhinderten; denn wenn ein Händler, statt den schwierigen neuen Markt A zu erschließen, den bereits erschlossenen Markt B beliefe, so stelle das eine Verfälschung des Wettbewerbs dar.⁴⁾

Diese Argumente überzeugen nicht. Die Wettbewerbsbeschränkung besteht darin, daß der Wettbewerb auf der Händlerebene eingeschränkt wird. Man kann sie nicht mit der Begründung für irrelevant erklären, daß der verhinderte Wettbewerb nicht schützenswert sei. Eine Unterscheidung zwischen schützenswertem und nicht schützenswertem Wettbewerb läßt sich aus der Bestimmung kaum herleiten. Außerdem wird bei dieser Argumentation eins übersehen: Die Autoren wollen

1) LEHMPFUHL, Rolf-S. a.a.O., S. 75 ff; KLEEMANN, Gerd a.a.O., Betrieb 1962, S. 1634; NEUMANN, Erwin: Vertragliche Ausfuhrverbote im Gemeinsamen Markt in: Betrieb 1959, S. 480.

2) KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 34.

3) LG Wiesbaden WuW 1967, S. 744; LEHMPFUHL, Rolf-S. a.a.O. S. 77; KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 34; ders. in Betrieb 1962, S. 1634.

4) LG Wiesbaden WuW 1967, S. 744; BASSON, Claus-Peter: Vertikale Preisbindung und Exportverbot. Ihre rechtlichen Aspekte im Gemeinsamen Markt in: MA 1962, S. 602.

Exportverbote zum Schutz von Alleinvertriebsrechten rechtfertigen. Wenn man aber, wie hier, die Ansicht vertritt, daß auch derartige Alleinvertriebsrechte nach Art. 85 verboten sind, so muß das vielmehr zu dem Schluß führen, daß Maßnahmen zum Schutz derartiger Rechte ebenfalls verboten sind.

Die Ansicht schließlich, die Wettbewerbsbeschränkung sei erlaubt, weil sie eine Wettbewerbsverfälschung an anderer Stelle verhindere, ist ebenfalls abzulehnen. Beschränkung und Verfälschung sind keine entgegengesetzten Begriffe, sondern die Beschränkung ist eine besonders intensive Form der Verfälschung. Man kann nicht die eine durch die andere rechtfertigen. Diese Ansicht läuft wieder auf eine Saldierung im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 hinaus, die abzulehnen ist. Jede Wettbewerbsverzerrung soll verhindert werden, gleichgültig ob ihre positiven oder negativen Wirkungen überwiegen. Exportverbote von einem Mitgliedstaat in einen anderen sind somit verboten.

2. Streitig ist auch die Behandlung der oft mit Exportverboten gekoppelten Re-Importverbote. Beispiel: Ein deutscher Produzent verbietet seinem Abnehmer in Frankreich, die Waren wieder nach Deutschland zu liefern.

Im EWG-Vertrag findet sich eine besondere Erwähnung des Re-Imports. Art. 91 Abs. 2 ordnet an, daß ein Re-Import nicht durch Zölle und ähnliche Maßnahmen beschränkt werden darf. Die Vorschrift richtet sich nach ihrer Stellung sowie ihrem Wortlaut und Sinn jedoch nicht an einzelne Unternehmen, sondern an die Regierungen der Mitgliedstaaten. Eine entsprechende Anwendung auf privatrechtliche Vereinbarungen erscheint nach dem Aufbau des Vertrages nicht möglich.¹⁾

1) str. Wie hier v.GAMM, Otto-Friedrich Frhr. a.a.O., S. 30 Fußn. 36; LUTZ/BASSON a.a.O., S. 388; SÜLTER, Arno a.a.O., S. 74 Fußn. 63. Für analoge Anwendung BKartA in WuW/E 338; SCHWARTZ, Gustav a.a.O., MA 1959, S. 326; STEIN-DORFF, Ernst: Vertikale Preisbindung im Gemeinsamen Markt der EWG in: ZGesHWR Band 124, S. 216.

Es müssen vielmehr wieder die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 1 im einzelnen geprüft werden.

Re-Importverbote sind geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Zwar wird der Weg der Ware vom Ursprungsland in die anderen Mitgliedstaaten nicht beeinflusst, dafür aber der Rückweg verhindert. Auch der Rückfluß der Waren in das Ursprungsland ist eine Form des zwischenstaatlichen Handels, die von Art. 85 geschützt wird. Ein komplettes System von Re-Importverboten würde zu einer Abkapselung des betreffenden Landes führen und eine Preisangleichung verhindern.¹⁾ Die Vereinbarung von Re-Importverboten beweist, daß man ohne sie mit Re-Importen rechnen müßte. Da diese aber nur bei erheblichen Preisunterschieden wirtschaftlich sinnvoll sind, ist schon die Existenz der Verbote ein Beweis für ihre Bedenklichkeit.

Die Argumente gegen diese Ansicht sind zum Teil bereits bekannt. Man sagt, durch Re-Importverbote werde der Handel gefördert, oft erst ermöglicht. Sie gewährleisten eine gleichmäßige Belieferung aller Märkte. Es sei daher im Sinne des EWG-Vertrags, Re-Importe zu verhindern.²⁾

Zur Widerlegung dieser Ansicht genügt es, wieder auf die Bedeutung des Begriffs "Beeinträchtigung" und die Tatsache hinzuweisen, daß eine Saldierung im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 nicht möglich ist.³⁾ Wenn schließlich erklärt wird, der Rückfluß der Waren in das Ursprungsland sei kein schützenswerter Handel im Sinne des Art. 85,⁴⁾ so ist das angesichts des Wortlauts der Bestimmung unverständlich. Zum zwischenstaatlichen Handel gehört jeder Warenaustausch über die Grenzen hinweg, also auch der Re-Import.

1) BKartA in WuW/E 338; OLG Frankfurt BB 1962, S. 735; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 86; STEINDORFF, Ernst a.a.O., S. 215.
2) LG Frankfurt WuW/E 139; LEHMPFUHL, Rolf-S. a.a.O., S. 79; LUTZ/BASSON a.a.O., S. 388; einschränkend MÖHRING, Philipp a.a.O., S. 180; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 59; Einzelheiten S. 150.

3) s.o. S. 141 ff.

4) SCHWARTZ, Gustav in Gem. Komm. a.a.O., § 18 Anm. 59; LUTZ/BASSON a.a.O., S. 388.

Die Wettbewerbsbeschränkung ist die gleiche wie bei Exportverboten. Im Ursprungsland ist der Wettbewerb auf der Händlerebene ausgeschaltet.¹⁾

Gegen diese Ansicht wird geltend gemacht, der durch das Re-Importverbot verhinderte Wettbewerb sei nicht schützenswert. Es sei nur recht und billig, daß Re-Importe in Gebieten, die ein anderer erschlossen habe, unterbunden würden.²⁾ Dagegen ist zu sagen, daß ein Re-Import nicht ohne weiteres unlauter ist, selbst wenn der Verkauf zu Unterpreisen erfolgt. Sofern nicht besondere Umstände hinzukommen, wie die Verleitung anderer zum Vertragsbruch, kann von einem nicht schützenswerten Wettbewerb nicht die Rede sein.³⁾

Auch das Argument, das Verbot schaffe gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle und schließe unberechtigte Geschäfte von Außenseitern aus,⁴⁾ ist abzulehnen, weil das zu einer unzulässigen Saldierung führen würde.

Schließlich wird auf die Verknüpfung zwischen Re-Importverbot und Preisbindung hingewiesen. Ein deutscher Produzent hat z.B. seine Waren im Inland preisgebunden. Das ist nach § 16 GWB bei Markenartikeln unter gewissen Voraussetzungen zulässig, allerdings nach der Rechtsprechung nur, wenn die Preisbindung lückenlos ist.⁵⁾ Ermöglicht der Produzent aus irgendwelchen Gründen den Export ohne Preisbindung und zu erheblich niedrigeren Preisen als im Inland, so besteht die Gefahr, daß die Waren ins Inland zurückge-

1) BKartA in WuW/E 338; OLG Frankfurt BB 1962, S. 735; EHLERS, Kurt a.a.O., S. 426; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 85; LOEBELL a.a.O., S. 36; STEINDORFF, Ernst a.a.O., S. 214.

2) KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 34; ders. in Betrieb 1962, S. 1634; LEHMPPUHL, Rolf-S. a.a.O., S. 76 f; LUTZ/BASSON a.a.O., S. 387; SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 59.

3) KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 85; STEINDORFF, Ernst a.a.O., S. 214; MÖHRING, Philipp: Die Re-Importklausel nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages in: Festschrift für Otto Riese 1964, S. 181.

4) LUTZ/BASSON a.a.O., S. 387.

5) Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden; vgl. statt aller BGH NJW 1964, S. 152.

langen und dort die Lückenlosigkeit der Preisbindung beseitigen. Ist diese Wirkung eingetreten, so kann die gesamte Preisbindung für unwirksam erklärt werden.

Daraus folgert man: Die Anwendung des Art. 85 auf Re-Importverbote könne zur Durchbrechung inländischer Preisbindungen und damit praktisch zur Aufhebung des § 16 GWB führen. Das widerspreche dem Grundsatz, daß das nationale Recht nicht vom EWG-Recht verdrängt werde, sondern beide nebeneinander beständen.¹⁾

Richtig daran ist, daß es in diesem Fall zu einer Kollision beider Rechtsordnungen kommt. Ausnahmsweise muß in diesem Fall das nationale Recht weichen. Bringt die konsequente Anwendung des Art. 85 es mit sich, daß auch nationale Vereinbarungen von der Regelung in ihrem Bestand betroffen werden, so wird das bewußt in Kauf genommen. Wollte man Art. 85 mit Rücksicht auf § 16 GWB nicht anwenden, so bedeutete das praktisch, daß das nationale Recht den EWG-Vertrag zum Teil außer Kraft setzte. Das kann nicht richtig sein.²⁾ Wenn eine Rechtsordnung weichen muß, dann ist es die nationale. Eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 ist daher gegeben, mit der Folge, daß Re-Importverbote nach Art. 85 Abs. 1 verboten sind.³⁾

3. Bei Vertriebsbindungen, die den Export im Verhältnis zu Drittstaaten beschränken, müssen folgende Fälle unterschieden

1) MÖHRING, Philipp a.a.O., S. 182 ff; SÖLTER, Arno a.a.O., S. 31; LEHMPPUHL, Rolf-S. a.a.O., S. 76; LUTZ/BASSON a.a.O., S. 387.

2) BKartA in WuW/E 338; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 60; STEINDORFF, Ernst a.a.O., S. 215 ff. Als Ausweg wird den preisbindenden Unternehmen die sog. Re-Importpreisbindung empfohlen; vgl. SCHOLZ, Ulrich a.a.O., S. 5 ff; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 87 ff; VÖLP, Fromut: Gefährdung der Preisbindung durch Re-Import in: WRP 1963, S. 73.

3) BKartA in WuW/E 338; OLG Frankfurt BB 1962, S. 735; EHLERS, Kurt a.a.O., S. 427; HOMBURGER/JENNY: Vertragliche Ein- und Ausfuhrverbote im EWG-Kartellrecht in: WuR 1962, S. 128; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 85 ff; LOEBELL a.a.O., S. 35; SCHOLZ, Ulrich a.a.O., S. 5; STEINDORFF, Ernst a.a.O., S. 214 ff; einschränkend MÖHRING, Philipp a.a.O., S. 180 ff.

den werden:

- 1) Der Produzent in einem Mitgliedstaat untersagt seinem Abnehmer in demselben oder einem anderen Mitgliedstaat den Export in einen Drittstaat.
- 2) Der Produzent in einem Mitgliedstaat untersagt seinem Abnehmer in einem Drittstaat
 - a) den Weiterexport in andere Drittstaaten,
 - b) den Weiterexport in andere Mitgliedstaaten,
 - c) den Re-Import in das Ursprungsland.
- 3) Der Produzent in einem Drittstaat untersagt seinem Abnehmer in demselben Staat den Export in EWG-Länder.
- 4) Der Produzent in einem Drittstaat untersagt seinem Abnehmer in einem Mitgliedstaat
 - a) den Weiterexport in andere Mitgliedstaaten,
 - b) den Re-Import in das Ursprungsland.

Zu 1). Beispiel: Ein französischer Produzent verbietet seinen französischen Abnehmern den Export in die Schweiz. Unmittelbar betroffen wird nur der Handel zwischen Frankreich und der Schweiz. Jeder Händler in der Schweiz kann die Waren beziehen, wenn auch nur von einem bestimmten Händler, und kann sie in andere EWG-Staaten weiterliefern. Somit kommt es auch nicht zu einer mittelbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.

Auch die Wettbewerbsbeschränkung tritt nur in der Schweiz auf. Das Ergebnis ist gleich, wenn der Produzent z.B. einem deutschen Händler den Weitervertrieb in die Schweiz untersagt. Der Handel Frankreich - BRD wird dadurch nicht berührt. Derartige Exportverbote sind also nicht verboten.¹⁾

Zu 2 a): Beispiel: Der französische Produzent verbietet seinem Abnehmer in England den Vertrieb der Waren nach

1) Im Ergebnis einhellige Meinung: DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 38; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 38; dies. in NJW 1964, S. 1606; HOMBURGER/JENNY a.a.O., WuW 1962, S. 125; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 82; SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 667.

Skandinavien. Diese Vereinbarung kann den Handel zwischen Mitgliedstaaten in keiner Weise beeinflussen und ist daher erlaubt.

Zu 2 b): Beispiel: Der französische Produzent verbietet seinem Abnehmer in der Schweiz den Weiterexport in die BRD.¹⁾ Der unmittelbare Warenaustausch zwischen Frankreich und der BRD wird nicht berührt. Man muß zwei Rechtsgeschäfte unterscheiden: den Ankauf der Ware durch den Schweizer Händler und den Weiterverkauf nach Deutschland. Jedes dieser Rechtsgeschäfte betrifft nur den Handel zwischen einem Mitglied- und einem Drittstaat.²⁾ Allerdings ist der Handel zwischen Frankreich und Deutschland, soweit er über die Schweiz abgewickelt wird, eingeschränkt. Bei der Behandlung eines entsprechenden Alleinvertriebsrechts wurde gezeigt, daß eine solche mittelbare Wirkung nicht genügt, weil die Beeinträchtigung nicht spürbar ist.³⁾ Das gilt auch hier. Damit wird der Grundsatz, daß auch mittelbare Auswirkungen genügen können, nicht aufgegeben. Die Einwirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten ist aber eine ganz entfernte, weil nur der Handel unter Einschaltung eines Drittstaates betroffen wird. Ein derartiges Exportverbot verstößt nicht gegen Art. 85.⁴⁾

Die Kommission hat in der Entscheidung "Grosfillex" das Ergebnis anders begründet. Da die Waren, wenn sie aus dem Drittstaat in den Gemeinsamen Markt zurückgeliefert werden sollten, eine weitere Zollgrenze überschreiten müßten, seien sie idR nicht geeignet, mit den gleichen, unmittelbar bezogenen Waren in Wettbewerb zu treten. Zumindest sei deshalb die Wettbewerbsbeschränkung nicht spürbar. Etwas

1) Vgl. den Fall "Grosfillex" WuW 1964, S. 558 ff = GRUR Ausl. 1964, S. 381; s. auch oben S. 165 ff.

2) GLEISS/HIRSCH in NJW 1964, S. 1605.

3) s.o. S. 166.

4) GLEISS/HIRSCH a.a.O., NJW 1964, S. 1605; dies. in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 38; DERINGER, Arved: Alleinvertriebsabkommen mit Gebietsschutz nach EWG-Wettbewerbsrecht in: MA 1965, S. 124; anderer Ansicht HOMBURGER/JENNY a.a.O., WuR 1962, S. 125, ohne Begründung.

anderes könne aber gelten, wenn die Preise auf dem Markt des Drittlandes niedriger seien als im Gemeinsamen Markt. Dieser von der Kommission als Ausnahme behandelte Fall einer Preisdifferenz dürfte in Wirklichkeit der Normalfall sein. Die Existenz des Re-Importverbots beweist bereits, daß Preisdifferenzen bestehen, da es sonst gar nicht zu Re-Importen käme.¹⁾

Dem gebundenen Abnehmer wird der Gemeinsame Markt völlig verschlossen. Das wird von der Kommission nicht genügend berücksichtigt, wenn sie argumentiert, eine Wettbewerbsbeschränkung sei auch deshalb nicht spürbar, weil auf dem betreffenden Markt zahlreiche Hersteller miteinander in Wettbewerb ständen. Das gelte auch für den Wettbewerb auf der Handelsstufe. Im Ergebnis sind jedenfalls derartige Verbote gemäß Art. 85 verboten.²⁾

Zu 2 c): Beispiel: Wie 2 b), nur ist dem Abnehmer in der Schweiz der Re-Import nach Frankreich untersagt. Berührt wird ausschließlich der Handel zwischen Frankreich und der Schweiz. Die Verträge sind daher nicht verboten.³⁾ Die Kommission kommt zu demselben Ergebnis, indem sie das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung verneint.⁴⁾

Zu 3): Beispiel: Ein englischer Produzent verbietet seinem englischen Abnehmer den Export nach Frankreich. Unmittelbar beeinträchtigt wird nur der Handel zwischen England und

1) KIRSCHSTEIN, Friedrich: Anmerkung zur Entscheidung "Grosfillex" in: WuW 1964, S. 561; ähnlich MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 51f.

2) Vgl. zur Entscheidung "Grosfillex" noch GLEISS/HIRSCH in NJW 1964, S. 1605; DERINGER, Arved a.a.O., in MA 1965, S. 124; MÖHRING, Philipp: Aktuelle Wirkungen des EWG-Vertrages auf das Kartellrecht, das Niederlassungsrecht, den Dienstleistungsverkehr und das Agrarrecht in: NJW 1965, S. 1634.

3) GLEISS/HIRSCH a.a.O., NJW 1964, S. 1605; DERINGER, Arved a.a.O., MA 1965, S. 124; MÖHRING, Philipp a.a.O., NJW 1965, S. 1634; anderer Ansicht PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER a.a.O., Art. 85 Anm. 73, 453.

4) s.o. S. 182.

Frankreich. Die französischen Händler sind aber auch daran gehindert, die englischen Waren nach Deutschland weiterzuliefern. Damit wird der Handel zwischen zwei Mitgliedstaaten verhindert. Daß es sich dabei um Waren handelt, die außerhalb der EWG hergestellt werden, ist unerheblich.¹⁾ Die Bindung im Fall "Grosfillex" lag anders. Dort war der Handel zwischen Frankreich und der BRD nur insoweit beschränkt, als er über die Schweiz führte. Im vorliegenden Fall wird dagegen der direkte Warenaustausch verhindert. Eine Beeinträchtigung im Sinne des Art. 85 liegt also vor.²⁾ Auch der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes wird beschränkt, da die Händler in ihrer Betätigung im Bereich der EWG behindert werden. Solche Verträge sind also verboten.

Zu 4 a): Beispiel: Ein englischer Produzent verbietet seinem Abnehmer in Frankreich den Weiterverkauf in die BRD. Der Warenaustausch zwischen Frankreich und der BRD wird beeinträchtigt wie im Fall 3). Die Verträge sind verboten.³⁾

Zu 4 b): Beispiel: Wie 4 a), nur ist dem Abnehmer lediglich der Re-Import nach England verboten. Dadurch wird nur der Handel zwischen England und Frankreich beeinträchtigt. Art. 85 greift nicht ein.

Zusammenfassung:

Für Gebietsausschließlichkeiten auf Seiten des Abnehmers gilt folgendes: Erlaubt sind Verträge mit Handelsvertretern und Kommissionären. Bei Verträgen mit Eigenhändlern ist zu unterscheiden:

1) s.o. S. 168.

2) SCHLUEP, Walter a.a.O., S. 150; HOMBURGER/JENNY a.a.O., S. 126; im Ergebnis auch GUENTHER, Eberhard a.a.O., in Festschrift für Franz Böhm, S. 291; unentschieden DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 1 Anm. 46; anderer Ansicht wohl GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 37.

3) SCHLUEP, Walter a.a.O., S. 149.

- 1) Verträge im Bereich eines Mitgliedstaates können im Einzelfall den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen.
- 2) Export- und Re-Importverbote zwischen Mitgliedstaaten sind regelmäßig verboten.
- 3) Exportverbote, die den Vertrieb von einem Mitgliedstaat in einen Drittstaat sind erlaubt. Das gilt auch für die entsprechenden Re-Importverbote.
- 4) Exportverbote, die den Vertrieb von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat untersagen, sind verboten, gleichgültig, ob der Abnehmer seinen Sitz innerhalb oder außerhalb des Gemeinsamen Marktes hat. Entsprechende Re-Importverbote sind erlaubt.

Auch bei Bindungen des Abnehmers ist es an sich gleichgültig, ob sie einem der in Art. 85 genannten Beispiele entsprechen. Sicherlich fallen sie jedoch unter b) ("Einschränkung des Absatzes"), u.U., insbesondere bei lückenhafter Durchführung, auch unter c) ("Aufteilung der Märkte")¹⁾

Bestehen derartige Absatzbeschränkungen im inländischen Vertrieb und im Export, so muß jeder Vertrag für sich geprüft werden. Vereinbart beispielsweise ein deutscher Produzent mit seinem französischen Abnehmer ein generelles Exportverbot, so ist nur der Teil der Vereinbarung verboten, der den Vertrieb in die Länder der EWG untersagt. Damit stellt sich die Frage der Teilnichtigkeit, die bei der Behandlung des Art. 85 Abs. 2 näher dargestellt wird.²⁾

3. Abschnitt:

Bei Verträgen, die für den Produzenten und den Abnehmer Gebietsausschließlichkeiten enthalten, müssen die einzelnen Klauseln getrennt geprüft werden. Dabei kann auf die

1) LG München MA 1963, S. 124; BEIER, Friedrich-Karl a.a.O., S. 86; EHLERS, Kurt a.a.O., S. 426; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 85.

2) s.u. S. 189 f.

früheren Ausführungen Bezug genommen werden. Die bisherigen Ergebnisse werden nur noch zusammengefaßt.

1) Sämtliche Verträge mit Handelsvertretern und Kommissionären sind erlaubt, da es sich nicht um Vereinbarungen zwischen Unternehmen handelt.¹⁾ Für die Abgrenzung zum Eigenhändler sind die dargestellten Grundsätze maßgebend.²⁾

2) Bindungen nur im Bereich eines Mitgliedstaates. Durch die Bindung des Abnehmers kann der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt werden, so daß das Verbot eingreift.³⁾

3) Bei Verträgen im grenzüberschreitenden Warenverkehr muß unterschieden werden:^{3 a)}

A. Fall "Grundig-Consten": Die Bindungen betreffen den Handel zwischen zwei Mitgliedstaaten. Nach herrschender Meinung wird durch beide Bindungen der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt und der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes eingeschränkt. Das gilt auch in entsprechenden Fällen ohne absoluten Gebietsschutz.⁴⁾ Der herrschenden Meinung wird im Ergebnis zugestimmt.⁵⁾

A 1. Dem Abnehmer wird neben dem Exportverbot noch ein Re-Importverbot auferlegt. Auch diese Bindung ist verboten.⁶⁾

B. Fall "Grosfillex":⁷⁾ Die Vereinbarung betrifft den Handel zwischen einem Mitglied- und einem Drittstaat, wobei der Produzent seinen Sitz in einem Mitgliedstaat hat. Nach Meinung der Kommission fehlt es an einer Wettbewerbsbeschrän-

1) s.o. S. 130 ff, 170.

2) s.o. S. 129 f.

3) s.o. S. 137 ff, 172 f.

3 a) Einzelheiten oben S. 140 ff, 173 ff.

4) s.o. S. 149, 157 ff.

5) Zur Entscheidung "Grundig-Consten" der Kommission sei noch folgendes erwähnt:

a) Die Entscheidung ist im Schrifttum Überwiegend auf Ablehnung gestoßen, vgl. RITTNER, Fritz a.a.O., MA 1965, S. 97 ff; DERINGER, Arved a.a.O., MA 1965, S. 122; MÖHRING, Philipp a.a.O., NJW 1965, S. 1635; EWALD, Heinz: Der Alleinvertretervertrag unter der Sicht des Art. 85 EWGV in: MA 1965, S. 113 ff.

b) Der warenzeichenrechtliche Aspekt wird nicht behandelt, vgl. dazu die auf S. 175 Fußn. 3 angegebene Literatur.

6) sehr streitig, vgl. S. 177 ff.

7) WuW 1964, S. 558 ff = GRUR Ausl. 1964, S. 381.

kung innerhalb des Gemeinsamen Marktes. Nach der hier vertretenen Ansicht fehlt es dagegen an der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Art. 85 Abs. 1 greift so oder so nicht ein.¹⁾

B 1. Dem Abnehmer wird zusätzlich der Re-Import in das Ursprungsland untersagt. Art. 85 ist nicht anwendbar.²⁾

C. Die Vereinbarung regelt den Handel zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat, wobei der Produzent seinen Sitz in dem Drittstaat hat. Art. 85 ist anwendbar.³⁾

C 1. Er entspricht dem Fall C, nur hat auch der Abnehmer seinen Sitz in dem Drittstaat. Art. 85 ist anwendbar.⁴⁾

Alle Verträge, die nach den bisherigen Ausführungen nicht unter Art. 85 Abs. 1 fielen, scheiden aus der weiteren Bearbeitung aus. Für die übrigen müssen noch zwei Fragen geklärt werden:

- 1) Welche Folgen hat das Verbot des Abs. 1? (Art. 85 Abs. 2).
- 2) Kommt eine Freistellung in Betracht? (Art. 85 Abs. 3).

3. Teil:

Art. 85 Abs. 2 bestimmt: Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

Diese Formulierung hat im früheren Schrifttum zu einer Kontroverse geführt, bei der sich im wesentlichen die Ermächtigungstheorie und die Theorie von der Direktwirkung gegenüberstanden. Der Streit ging also darum, ob beim Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 automatisch Nichtigkeit eintrat oder ob es dazu eines besonderen Einzelverbot bedurfte, zu dem Abs. 2 lediglich die Ermächtigung enthielt.⁵⁾ Dieser Streit ist grundsätzlich durch die

1) s.o. S. 165 ff, 182 ff.

2) s.o. S. 183.

3) s.o. S. 167 f, 184.

4) s.o. S. 169 f, 183 f.

5) Vgl. SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 19 f; v.d. GROEBEN/BOECKH/THIESING in Komm. a.a.O. Art. 85 Vorbem. 16 ff; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S.54.

VO 17 beendet worden, in deren Art. 1 es heißt: "Vereinbarungen...der in Art. 85 Abs. 1 bezeichneten Art...sind verboten, ohne daß dies einer vorherigen Entscheidung bedarf".

Damit bleibt aber die Frage, welcher Rechtszustand bis zum Inkrafttreten der VO 17, also vor dem 13.3.1962, galt. Der Europäische Gerichtshof hat in einem Urteil vom 6.4.1962¹⁾ dazu folgendes ausgeführt: "Bis zum Inkrafttreten der VO 17 war Nichtigkeit nur bei denjenigen Vereinbarungen eingetreten, bezüglich deren entweder die Behörden der Mitgliedstaaten auf Grund von Art. 88 entschieden hatten, daß sie unter Abs. 1 fallen und keine Befreiung nach Abs. 3 möglich ist oder die Kommission die in Art. 89 Abs. 2 vorgesehene Freistellung getroffen hat". Insoweit soll also die Ermächtigungstheorie gelten. Für die Zeit nach dem 13.3.1962 muß zwischen Alt- und Neuvereinbarungen unterschieden werden, ferner zwischen anmelde- und nichtanmeldepflichtigen Vereinbarungen.²⁾

Auch neue Vereinbarungen sind nicht ohne weiteres nichtig, wenn sie die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen. Abs. 2 sieht nämlich Nichtigkeit für solche Vereinbarungen vor, die "nach diesem Artikel" verboten sind. Zu "diesem Artikel" gehört aber auch Abs. 3. Das bedeutet: Nichtigkeit kann erst dann eintreten, wenn die Freistellung nach Abs. 3 rechtskräftig versagt ist oder nicht mehr erteilt werden kann.³⁾ Durch diese Auslegung wird das in Art. 1 VO angewandte Verbotssprinzip dem Mißbrauchsprinzip angenähert und so der

1) EuGH ("Bosch") in AWD BB 1962, S. 467 ff = WuW 1962, S. 524 f.

2) Vgl. zur allgemeinen Problematik des Abs. 2 DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 2, Anm. 56 ff, besonders Fußn. 59; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., VO 17 Art. 1 Anm. 3 f; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 134 ff; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 54; STEINDORFF, Ernst: Zur Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Abreden im Europäischen Gemeinschaftsrecht in: Festschrift für Carl Friedrich Ophüls 1965, S. 214 ff.

3) allgemeine Ansicht: EuGH ("Bosch") a.a.O.; BGH NJW 1964, S. 155; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 2 Anm. 43; BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 22; RODIERE, René a.a.O., in Kartelle und Monopole Band 1, S. 270.

Gegensatz, der z.B. zum deutschen Recht besteht, gemildert. Eine endgültige Antwort auf die Frage nach dem rechtlichen Schicksal von Wettbewerbsbeschränkungen kann also erst gegeben werden, wenn auch die Voraussetzungen des Abs. 3 geprüft worden sind. Für den Rechtszustand in der Zeit bis zur Entscheidung über Abs. 3 hat der Europäische Gerichtshof den Begriff der "vorläufigen Gültigkeit" geprägt.¹⁾

Der Begriff der Nichtigkeit selbst ist ebenfalls im einzelnen streitig, da er in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten durchaus unterschiedlich verstanden wird. Man kann aber wohl soviel sagen: Ein nichtiges Rechtsgeschäft hat keinerlei Rechtswirkungen. Niemand kann daraus Rechte herleiten.²⁾

Schließlich sei noch auf folgendes Problem hingewiesen: Ein einheitlicher Vertrag enthält häufig mehrere Klauseln, von denen jede einzelne gegen Art. 85 Abs. 1 verstoßen kann. Die Nichtigkeit des Abs. 2 erstreckt sich nur auf die Teile der Vereinbarung, die nach Abs. 1 verboten sind. Die gesamte Vereinbarung ist nur dann nichtig, wenn die einzelnen Teile nicht getrennt werden können.³⁾

Ist ein Teil eines Vertrages nach Abs. 2 nichtig, so kann sich dies jedoch unter allgemeinen zivilrechtlichen Aspekten auf den Rest des Vertrages auswirken. Die Frage der Teilnichtigkeit beantwortet sich aber nicht aus dem EWG-Vertrag, sondern richtet sich nach den Bestimmungen des nationalen Rechts, in dessen Geltungsbereich die Frage

1) im "Bosch"-Urteil a.a.O.

2) Vgl. vor allem DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 2 Anm. 1 ff, 37 ff mit umfassenden rechtsvergleichen- den Untersuchungen, ferner STEINDORFF, Ernst a.a.O., S. 210 ff; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm., EWG-Kartellrecht Erl. 78.

3) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 392 = WuW/E EWG 132 = AWD BB 1966, S. 308; EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 304 = WuW/E EWG 124.

auftaucht,¹⁾ in der BRD also nach § 139 BGB. Es kommt demnach auf den hypothetischen Parteiwillen an, wobei im Zweifel Gesamtnichtigkeit eintritt.

4. Teil:

Im folgenden soll untersucht werden, ob für die Gebietsausschließlichkeiten, die nach den früheren Ausführungen unter das Verbot des Abs. 1 fallen, eine Freistellung nach Abs. 3 in Frage kommt.

1. Abschnitt:

Über die Rechtsnatur dieser Vorschrift bestand im früheren Schrifttum Streit. Während in der deutschen Literatur nahezu einmütig die Ansicht vertreten wurde, eine Maßnahme, die unter das Verbot des Abs. 1 falle, sei nur dann erlaubt, wenn das Verbot durch eine ausdrückliche Entscheidung für nicht anwendbar erklärt werde,²⁾ war das französische Schrifttum überwiegend der Meinung, die betreffenden Vereinbarungen seien so lange wirksam, bis über die Anwendbarkeit des Abs. 3 entschieden sei.³⁾

1) einhellige Ansicht: EuGH ("Maschinenbau Ulm") in Sammlung a.a.O., S. 304 = WuW/E EWG 124; BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 24; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 102; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 133; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 78.

2) sog. Theorie vom Erlaubnisvorbehalt: DERINGER, Arved: Die erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages in: WuW 1962, S. 84; FRANCESCHELLI, Remo a.a.O., in Kartelle und Monopole Band 1, S. 292; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 108; KLEEMANN, Gerd a.a.O., S. 49; OBERNOLTE, Wolfgang: Die erste DurchführungsVO zu den Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages in: WRP 1962, S. 105; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 39 mit weiteren Hinweisen.

3) sog. Theorie von der Legalausnahme: Literaturhinweise bei SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 39. Von den deutschen Schriftstellern scheint nur SÖLTER, Arno: Die Ausnahmenvorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag in: WuW 1961, S. 674 ff dieser Theorie den Vorzug gegeben zu haben.

Dieser Streit hat durch den Erlass der VO 17 seine praktische Bedeutung weitgehend verloren, wobei allerdings zu betonen ist, daß die VO 17 nur die Ansicht des Ministerrates widergibt (vgl. Art. 87). Sie hat sich ausdrücklich zwar weder für die eine noch die andere Theorie entschieden. Ihre einzelnen Bestimmungen zeigen aber, daß sie einen Kompromiß zwischen beiden darstellt. Für die Theorie des Erlaubnisvorbehalts spricht Art. 4 Abs. 1, der die Freistellung grundsätzlich von einer Anmeldung seitens der Beteiligten abhängig macht, sowie Art. 6 Abs. 1, wonach die Freistellung zwar Rückwirkung haben kann, aber nicht über den Tag der Anmeldung hinaus.

Diese Grundsätze sind aber durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen. So enthält Art. 4 Abs. 2 VO 17 Ausnahmen vom Prinzip der Anmeldung, und Art. 6 Abs. 2 bestimmt, daß in einigen Fällen Rückwirkung der Freistellungserklärung ohne Einschränkungen, also auch vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, möglich ist. Diese Bestimmungen entsprechen mehr der Theorie von der Legalausnahme. Da die VO 17 jedenfalls ins einzelne gehende Vorschriften für das Freistellungsverfahren enthält, erscheint eine weitere Diskussion über die Rechtsnatur des Art. 85 Abs. 3 überflüssig.¹⁾

Bei der Frage, ob Gebietsausschließlichkeiten, die nach Abs. 1 verboten sind, gemäß Abs. 3 freigestellt werden können, müssen zunächst die materiellrechtlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift geprüft werden. Sind sie erfüllt, so ist weiter zu untersuchen, welche formellen Erfordernisse zu beachten sind.

Art. 85 Abs. 3 hat folgenden Wortlaut:

"Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

1) Vgl. zu diesen Fragen DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 9 ff; KLEEMANN, Gerd a.a.O., S. 49; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 101; OBERNOLTE, Wolfgang a.a.O., S. 106; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 39.

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sind, oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten".

Vier Voraussetzungen müssen also erfüllt sein. Die Gebietsausschließlichkeiten müssen

1. zur Verbesserung der Warenerzeugung usw. beitragen,
2. die Verbraucher angemessen beteiligen.

Außerdem dürfen den beteiligten Unternehmen

3. keine unerlässlichen Beschränkungen auferlegt,
4. keine Möglichkeiten zur Ausschaltung des Wettbewerbs eröffnet werden.

Alle vier Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.¹⁾

2. Abschnitt:

Von allen Gebietsausschließlichkeiten, die bisher geprüft worden sind, greift das Verbot des Art. 85 Abs. 1 in folgenden Fällen ein:

1. Alleinvertriebsrecht von einem Mitgliedstaat in einen anderen,
2. Alleinvertriebsrecht von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat,

1) einhellige Meinung: DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 38; SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 685; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 40; WOHLFARTH/EVERLING a.a.O., Art. 85 Anm. 15.

3. Exportverbot von einem Mitgliedstaat in einen anderen und entsprechendes Re-Importverbot,
4. Exportverbot von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat,
5. Vertriebsbindung innerhalb eines Mitgliedstaates (nur in Ausnahmefällen).

In allen Fällen muß es sich um Verträge mit Eigenhändlern handeln. Bei Alleinvertriebsrechten ist ferner zu unterscheiden, ob der Produzent dem Abnehmer absoluten Gebietschutz gewährt oder nicht.¹⁾

1. Unterabschnitt:

1. Die Untersuchung beginnt mit den Fällen der Gruppe 1. Beispiel: Ein französischer Produzent gibt einer deutschen Firma den Alleinvertrieb für Deutschland. Absoluter Gebietsschutz wird nicht gewährt, auch besteht für den Abnehmer kein Weiterexportverbot.²⁾
- a) Zunächst muß diese Vereinbarung zur Verbesserung der Waren-erzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Da von diesen Voraussetzungen nur eine vorliegen muß und sie zudem sehr allgemein gefaßt sind, wird man ihr Vorliegen verhältnismäßig leicht bejahen können. Dabei ist zunächst ein

1) Es sei hier an die französische Rechtsprechung erinnert, wonach ein Händler, der in Kenntnis eines bestehenden Alleinvertriebsrechts Parallelimporte tätigt, schadensersatzpflichtig wird (s.o. S. 72 ff). Durch diese Verdinglichung des Vertrags erreicht der Alleinvertreter praktisch dieselbe Stellung wie bei absolutem Gebietsschutz, ohne daß die Verträge nach dem EWG-Recht entsprechend behandelt werden könnten; vgl. MARKERT, Kurt: Frankreich: Absoluter Gebietsschutz für Alleinvertriebsverträge durch die Gerichte in: AWD BB 1965, S. 130; ders.: Die Rechtsprechung der französischen Gerichte zum Verbot der Lieferverweigerung in: WRP 1966, S. 98.

2) Dieser Sachverhalt lag der Entscheidung "Maison Jallatte" (GRUR Ausl. 1966, S. 155 ff = AWD BB 1966, S. 63) zugrunde. Im Prinzip beinhalten die Verträge in den Entscheidungen "D.R.U.-Blondel" (WuW 1965, S. 863 = AWD BB 1965, S. 256) und "Hummel-Isbecque" (WuW 1965, S. 868 = AWD BB 1956, S. 356) das gleiche. Die Kommission ist daher auch in allen drei Entscheidungen, zum Teil mit wörtlich gleicher Begründung, zum gleichen Ergebnis gekommen. Die Entscheidungen werden deshalb im folgenden zusammengefaßt.

grundsätzliches Problem zu erörtern. Bei der Frage nach der Verbesserung muß ein Vergleich mit einem anderen Zustand angestellt werden. Ist das der Zustand, der vor dem Abschluß der Vereinbarung bestand¹⁾ oder der, der ohne sie jetzt bestehen würde?²⁾

Der zweiten Ansicht ist der Vorzug zu geben. Prüft man z.B. einen Vertrag, der bereits viele Jahre lang praktiziert worden ist, so gibt ein Vergleich mit dem früheren Zustand ein falsches Bild; denn er berücksichtigt den allgemeinen wirtschaftlichen Strukturwandel nicht.³⁾ Außerdem soll Abs. 3 die Frage beantworten, ob die Vereinbarung im gegenwärtigen Zeitpunkt noch zur Verbesserung beiträgt oder nicht. Nur in diesem Fall ist die Freistellung gerechtfertigt.⁴⁾

Die Verbesserungen und Fortschritte, die durch Alleinvertriebsrechte bewirkt werden, liegen auf der Hand:⁵⁾ Der Absatz der Waren wird rationalisiert. Die Beschränkung auf einen Abnehmer ermöglicht dem Fabrikanten eine bessere Übersicht und damit bessere Anpassung an die Marktverhältnisse. Die Schwierigkeiten, die mit der Erschließung eines ausländischen Marktes verbunden sind, werden vermindert. Eine gründliche Versorgung des Marktes wird gefördert, Lagerhaltung, Kundendienst usw. werden garantiert. Zwar können einige dieser Vorteile dann nicht berücksichtigt werden, wenn die Eroberung des ausländischen Marktes bereits gelungen ist, da in diesem Fall die gleiche Wirkung jetzt

1) so SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 680.

2) so die Kommission a.a.O., WuW 1965, S. 864, 869; GRUR Ausl. 1966, S. 156; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 24; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 106.

3) KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 106 Fußn. 40.

4) KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 106.

5) Vgl. die Ausführungen der Kommission a.a.O., WuW 1965, S. 864, 869 sowie in ihrer Erläuterung zur VO 67 über Gruppenfreistellungen (Amtsblatt 1967, S. 849); ferner DERINGER, Arved a.a.O., MA 1965, S. 130; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 122; de KEYSER, Leon J. a.a.O., Common Market Law Review Band 2, 1964/65, S. 290; s. auch oben, S. 39 f.

auch ohne das Alleinvertriebsrecht erzielt würde. Auch in diesen Fällen kann man aber in der Regel Vorteile feststellen, die vom Fortbestand des Alleinvertriebsrechts abhängig sind.

Der Europäische Gerichtshof hat folgende Einschränkung gemacht:¹⁾ Es genüge nicht jeder Vorteil, der sich aus der Vereinbarung für die Produktions- und Vertriebstätigkeit der Vertragsparteien ergäbe. Solche Vorteile seien immer vorhanden. Aus dem Sinn und der Zielsetzung des Art. 85 sei vielmehr zu schließen, daß die Vereinbarung spürbare objektive Vorteile mit sich bringen müsse, die geeignet seien, die mit ihr verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen. Diese Voraussetzung müsse bei jedem Vertragsbestandteil geprüft werden.

Demgegenüber wird im Schrifttum überwiegend die Ansicht vertreten, die Verbesserung brauche nicht spürbar zu sein,²⁾ und es genüge die Eignung der Vereinbarung zur Verbesserung von Produktion oder Verteilung.³⁾

Soweit der Gerichtshof Spürbarkeit verlangt, ist ihm zuzustimmen. Andernfalls würde dieses Tatbestandserfordernis seine praktische Bedeutung verlieren. Wie bei Art. 85 Abs. 1 muß man rein theoretische Auswirkungen außer Betracht lassen. Wenn jedoch der Gerichtshof verlangt, die Vorteile müßten tatsächlich eingetreten sein, so ist folgende Einschränkung zu machen: In dem Zeitpunkt, in dem über die Freistellung entschieden werden muß, sind tatsächliche Auswirkungen der Vereinbarung häufig noch nicht feststellbar. Zumindest in solchen Fällen genügt es, daß die Vereinbarung geeignet ist, zu derartigen Verbesserungen beizutragen.⁴⁾

1) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 396 f = WuW/E EWG 134 f = AWD BB 1966, S. 310.

2) DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 23; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 106; SPENGLER, Albrecht in Gem. Komm. a.a.O., EWG-Kartellrecht Erl. 40.

3) Tatsächliche Verbesserung wird verlangt von SÜLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 680; SPENGLER, Albrecht a.a.O., Erl. 40; Eignung genügt nach DERINGER, Arved a.a.O., Anm. 27; KLEEMANN, Gerd a.a.O., S. 51; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 107.

4) DERINGER, Arved a.a.O., Anm. 27; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 107.

Nach alledem kann im Normalfall nicht fraglich sein, daß Alleinvertriebsrechte zur Verbesserung besonders der Warenverteilung beitragen.¹⁾

- b) Als nächstes ist erforderlich, daß die Verbraucher angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligt werden. Streit besteht zunächst über die Bedeutung des Begriffs "Verbraucher". Zwar könnte man nach deutschem Sprachgebrauch dazu neigen, unter Verbraucher nur den Endverbraucher zu verstehen,²⁾ man muß aber bei der Auslegung auch die anderen Vertragssprachen heranziehen. Im französischen Text heißt es "utilisateurs", im italienischen "utilizzatore" und im niederländischen "gebruikers". Während der niederländische Ausdruck etwa dem deutschen entspricht, dienen der französische und italienische in erster Linie der Bezeichnung eines industriellen und gewerblichen Verbrauchers.³⁾ Es ist daher der Auslegung der Vorzug zu geben, die unter Verbraucher auch den Einzelhändler versteht, weil sie den meisten Vertragssprachen gerecht wird.⁴⁾ Einmütigkeit besteht dagegen in der Auslegung des Begriffs "Gewinn". Hierunter ist nicht nur ein Preisgewinn zu verstehen, sondern jeder sich aus der Rationalisierung ergebende

1) Die Kommission hat in der Entscheidung "Grundig-Consten" eine Verbesserung ohne Begründung unterstellt. Im Ergebnis hat der Europäische Gerichtshof zugestimmt.

2) so RITTNER, Fritz a.a.O., MA 1965, S. 107; EWALD, Heinz a.a.O., MA 1965, S. 116 mit Einschränkungen.

3) Vgl. DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 29; KIRSCHSTEIN, Friedrich: Die ersten kartellrechtlichen Entscheidungen der EWG-Kommission in: WRP 1965, S. 83.

4) h.M.: Kommission ("Grundig-Consten") a.a.O., WuW 1964, S. 1075; AXSTER, Oliver: Die Vorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag in: Kartellrundschau Heft 8, S. 158; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 30; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 115; GRAUPNER, R. a.a.O., S. 21; de KEYSER, Leon J. a.a.O., S. 291; KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 52; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 114; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 58; SKAUPY, Walther: Die angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn gemäß Art. 85 Abs. 3 EWGV in: WuW 1967, S. 561; SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 681; WOHLFARTH/EVERLING a.a.O., Art. 85 Anm. 17.

wirtschaftliche Vorteil,¹⁾ z.B. Verbesserungen der Qualität, des Bezugs, des Kundendienstes usw. Der Gewinn entspricht also der Verbesserung. Der Unterschied zur ersten Voraussetzung besteht darin, daß die entstandenen Vorteile nicht nur den Vertragsparteien zugute kommen dürfen, sondern auch die Zweitabnehmer angemessen daran beteiligt werden müssen. Ob das der Fall ist, läßt sich nur für jeden Sachverhalt einzeln feststellen.

Die Kommission hat in ihren Entscheidungen²⁾ eine angemessene Beteiligung der Verbraucher bejaht. Hierbei stellt sie zunächst allgemein fest, daß durch das Alleinvertriebsrecht die Erzeugnisse rascher und bequemer bezogen werden könnten. Das führe zu stärkerer Nachfrage und erhöhter Produktion, für den Abnehmer zu einer günstigeren Umlegung der fixen Kosten. Beide Umstände ermöglichten es den Parteien, ihre Kosten zu senken und einen Teil dieser Vorteile an die Verbraucher weiterzugeben.

Die Kommission fährt dann fort: Da absoluter Gebietsschutz nicht vereinbart sei, könnten auch andere Großhändler die Waren beziehen und vertreiben. Durch diesen Wettbewerb werde das Entstehen anormaler Preisdifferenzen verhindert und das Preisgleichgewicht erhalten. Sie stellt dann jeweils konkret fest, daß anormale Preisunterschiede nicht festzustellen seien, zum Teil die Preise sogar gesenkt worden seien.³⁾

1) Kommission ausdrücklich im Fall "Grundig-Consten" a.a.O., sowie schlüssig in den anderen Entscheidungen (s.o. S. 193 Fußn. 2); AXSTER, Oliver a.a.O., S. 158; BAUMBACH/HUFER-MEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 28; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 31; ders. in MA 1965, S. 130; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 116; GRAUPNER, R. a.a.O., S. 21; de KEYSER, Leon J. a.a.O., S. 291; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 114; SKAUPY, Walther a.a.O., S. 562; SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 682; SPENGLER, Albrecht in Gem.Komm. a.a.O., Erl. 40; WOHLFARTH/EVERLING a.a.O., Art. 85 Anm. 17.
2) a.a.O., WuW 1965, S. 864 f, 869; GRUR Ausl. 1966, S. 156; vgl. auch ihre Erläuterungen zur VO 67 (Amtsblatt 1967, S. 850).
3) in den Fällen "D.R.U.-Blondel" = WuW 1965, S. 864 und "Hummel-Isbecque" = WuW 1965, S. 869.

Damit sei in allen Fällen eine angemessene Beteiligung der Verbraucher gegeben.

Schon diese Entscheidungen zeigen, daß die Kommission großes Gewicht auf die Preissituation legt. Als Vorteile erwähnt sie im wesentlichen nur die, die eine Senkung der Preise ermöglichen. Sie geht z.B. nicht darauf ein, ob den Verbrauchern durch verbesserte Qualität, Kunden- und Reparaturdienst usw. eine Gewinnbeteiligung zukommt.

Generell kann man für Alleinvertriebsrechte ohne absoluten Gebietsschutz aus den Entscheidungen folgendes entnehmen: Da Parallelimporte möglich sind, ist das Entstehen überhöhter Preise unwahrscheinlich. Vielmehr führt die durch das Alleinvertriebsrecht gesteigerte Nachfrage im Regelfall zu erhöhter Produktion und zu Preissenkungen. Ist das der Fall, so steht damit schon eine angemessene Beteiligung der Verbraucher fest.

Bewirkt jedoch das Alleinvertriebsrecht keine Preissenkungen oder bilden sich trotz der Möglichkeit von Parallelimporten anormale Preise, so ist fraglich, ob trotzdem eine Freistellung erfolgen kann. Die Kommission scheint dazu zu neigen, in diesem Fall eine Freistellung zu verweigern.¹⁾

Macht man aber mit der Auslegung Gewinn = jeder wirtschaftliche Vorteil ernst, so wird man auch in solchen Ausnahmefällen die Freistellung nicht generell versagen können.²⁾

Man muß vielmehr sorgfältig untersuchen, ob durch das Alleinvertriebsrecht die Qualität der Waren, die Beratung der Kunden, die Versorgung mit Ersatzteilen, der Reparaturdienst, die Lieferfristen usw. verbessert werden. Zwar ist der Preis einer Ware für den Abnehmer von großer Wichtigkeit, bei vielen Erzeugnissen sind die anderen Umstände aber ebenfalls von Bedeutung. Das gilt besonders bei technisch komplizierten Geräten, die fachgemäße Wartung erfordern. Stellt man hier Vorteile für den Verbraucher fest, so schließt sich die weitere Frage an, ob diese Beteiligung angemessen ist. Hier ist ein Vergleich erforderlich zwischen

1) vgl. dazu unten S. 203 f.

2) SKAUPY, Walther a.a.O., S. 563.

den Vorteilen, die die Vereinbarung für die Vertragspartner bringt, und denen für die Verbraucher.¹⁾ Konkrete Angaben, etwa in Form eines bestimmten Prozentsatzes, lassen sich dabei nicht machen.²⁾ Es darf je enfalls kein krasses Mißverhältnis bestehen. Gegebenenfalls sind auch die für den Verbraucher entstehenden Nachteile bei der Abwägung zu berücksichtigen.³⁾ Insgesamt wird bei Alleinvertriebsrechten ohne absoluten Gebietsschutz diese Voraussetzung regelmäßig vorliegen.

- c) Die Freistellung ist demnach weiter davon abhängig, ob die im Vertrag enthaltenen Beschränkungen zur Verwirklichung der oben genannten Vorteile unerlässlich sind, d.h., ob diese Ziele ohne die Beschränkung gar nicht oder nicht mit ausreichender Sicherheit erreicht werden könnten.⁴⁾ Da die einzige Beschränkung hier das Alleinvertriebsrecht ist, lautet die Frage: Könnten die Vorteile ebenso ohne dieses Recht erzielt werden? Wenn der Produzent jeden Händler beliefern könnte, wären alle Vorteile in Frage gestellt. Bei Alleinvertriebsrechten ohne absoluten Gebietsschutz ist diese Frage daher unproblematisch. Das Alleinvertriebsrecht ist unerlässlich.⁵⁾
- Bei der Frage nach der Unerlässlichkeit kommt es nicht auf die Vorstellung der Parteien an, sondern auf die objektive Lage.⁶⁾

1) DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 34; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 114.

2) SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 682.

3) KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 114; DERINGER, Arved a.a.O., Anm. 34.

4) ungenau die Kommission in WuW 1965, S. 865, 870, GRUR Ausl. 1966, S. 156: Alleinvertriebsrechte seien unerlässlich, wenn die Vorteile durch keine andere Verkaufsform hätten besser erreicht werden können; vgl. KIRSCHSTEIN, Friedrich a.a.O., WRP 1965, S. 867; wie hier die Kommission ("Faience") in: WuW 1964, S. 60; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 121; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 130; SÖLTER, Arno WuW 1961, S. 685.

5) Kommission a.a.O., WuW 1965, S. 865, 870; GRUR Ausl. 1966, S. 156. Das Schrifttum sieht die Frage offenbar als selbstverständlich an.

6) Kommission ("Faience") a.a.O., S. 60; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 121; SÖLTER, Arno a.a.O., S. 685.

Ferner enthält der Begriff "Unerläßlichkeit" nach herrschender Meinung zugleich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹⁾ Eine Beschränkung ist nicht unerläßlich, wenn sie in krassem Mißverhältnis zu der Einschränkung des Gebundenen steht, selbst dann, wenn die Ziele nicht anders erreicht werden könnten.

Diese Voraussetzungen müssen zusätzlich bei jeder Alleinvertriebsvereinbarung geprüft werden. Regelmäßig werden sich aber insoweit keine Bedenken gegen eine Freistellung ergeben.

- d) Schließlich darf für die Beteiligten nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Diese Möglichkeit wird bei vertikalen Bindungen nicht leicht gegeben sein. Einmal ist auch die auf dem Markt bestehende Substitutionskonkurrenz zu berücksichtigen,²⁾ zum anderen muß der Wettbewerb in seinen sämtlichen Erscheinungsformen ausgeschaltet sein. Selbst wenn der Preiswettbewerb völlig ausgeschaltet ist, kann die Freistellung erfolgen, sofern ein erheblicher Qualitätswettbewerb bleibt.³⁾

Ob der durch die Vereinbarung ausgeschaltete Wettbewerb einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren ausmacht, muß jeweils unter Würdigung verschiedener Umstände geprüft werden.

1) BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 30; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 45; v.GAMM, Otto Friedrich Frhr. a.a.O., S. 31; KOCH, N.: Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB in: BB 1959, S. 247; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 121; SCHRÖTER, Helmuth a.a.O., WRP 1967, S. 117; WOHLFARTH/EVERLING a.a.O., Art. 85 Anm. 18. Anderer Ansicht: KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 52; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 131.
2) GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 136; KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 52; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 124; SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 688.
3) DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 52; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 138; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 124; SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 688.

Der Europäische Gerichtshof hat sich in einem Urteil vom 18.5.1962¹⁾ mit einer ähnlichen Problematik im Rahmen des Art. 65 EGKS-Vertrag befaßt und dabei selbst eine Parallele zu Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag gezogen.

Art. 65 § 1 EGKS-Vertrag enthält ähnlich wie Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag ein Verbot bestimmter Wettbewerbsbeschränkungen. In § 2 heißt es: "Die Hohe Behörde genehmigt jedoch für bestimmte Erzeugnisse Vereinbarungen über Spezialisierung oder über gemeinsamen Ein- oder Verkauf, wenn sie feststellt, c) daß sie nicht geeignet ist, den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit zu geben, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Erzeugnisse auf dem gemeinsamen Markt die Preise zu bestimmen, die Erzeugung oder den Absatz zu kontrollieren oder einzuschränken, noch diese Erzeugnisse dem tatsächlichen Wettbewerb anderer Unternehmen auf dem gemeinsamen Markt zu entziehen".

Der Europäische Gerichtshof verdeutlicht diese Bestimmung wie folgt: "Die Möglichkeit der Preisbestimmung oder Absatzkontrolle ist für einen wesentlichen Teil der Erzeugnisse eines Marktes eröffnet, wenn ihre Wirkungen nicht von untergeordneter oder nebensächlicher Größenordnung, sondern derart sind, daß sie das vom Vertrag gewollte Mindestmaß an Wettbewerb und die Erfüllung der der Gemeinschaft zugewiesenen Aufgaben in Gefahr bringen können".²⁾

Man wird also feststellen müssen, in welchem Umfang die Waren einschließlich der Substitutionswaren im Gemeinsamen Markt vertrieben werden. Dann muß der von der Beschränkung betroffene Teil hiermit verglichen werden.³⁾ Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang Größe und Marktanteil der beteiligten Unternehmen, das Vorhandensein von

1) EuGH WuW/E 52 ff.

2) EuGH WuW/E 60; im vorliegenden Fall hat der Gerichtshof die Wesentlichkeit bei einem Marktanteil zwischen 26 und 47 % bejaht.

3) GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 137; KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 53; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 124.

Wettbewerber und Substituten und die Marktstruktur.¹⁾
Alleinvertriebsrechte ohne absoluten Gebietsschutz bieten in aller Regel nicht die Möglichkeit zur Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs. Selbst wenn es auf dem Markt keine vergleichbaren Erzeugnisse gibt und der Hersteller eine monopolähnliche Stellung hat, bleiben Parallelimporte und damit Wettbewerb auf der Händlerebene möglich.²⁾

Ergebnis:

Einseitige Alleinvertriebsrechte ohne absoluten Gebietsschutz sind in aller Regel vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 freizustellen.

2. Gilt etwas anderes bei Verträgen mit absolutem Gebietsschutz?
- a) Die Verbesserungen für die Warenverteilung sind die gleichen wie bei Verträgen ohne absoluten Gebietsschutz.³⁾
Selbst wenn man wie der Europäische Gerichtshof verlangt, daß jeder einzelne Vertragsteil zur Verbesserung beiträgt,⁴⁾ bleibt das Ergebnis gleich; denn durch den absoluten Gebietschutz wird die Konzentration des Vertriebs noch verstärkt, so daß die Vorteile regelmäßig vergrößert werden.
- b) Die Frage nach der angemessenen Beteiligung der Verbraucher ist von der Kommission im Fall "Grundig-Consten" verneint worden mit folgender Begründung: Infolge des absoluten Gebietsschutzes könnten alle Händler in Frankreich die Geräte nur von Consten kaufen, selbst wenn Consten sehr viel teurer sei als die deutschen Großhändler. Das Ver-

1) DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 53; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 137.

2) Kommission a.a.O., WuW 1965, S. 865, 870; GRUR Ausf. 1966, S. 157; Amtsblatt 1967, S. 850.

3) s.o. S. 194.

4) in Sammlung a.a.O., S. 397 = WuW/E EWG 135 = AWD BB 1966, S. 310. Nach dem Schrifttum kommt es dagegen nur darauf an, ob der Vertrag als ganzer zur Verbesserung beiträgt: BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 27; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 27; SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 690.

triebssystem begünstige also das Entstehen anormaler Preise. Tatsächlich seien im Verhältnis zwischen Frankreich und Deutschland erhebliche Preisdifferenzen festgestellt worden, die nicht durch abweichende Zoll- und Steuerbelastungen sowie höhere Lohnkosten gerechtfertigt seien. Diese Preisunterschiede schlossen eine angemessene Beteiligung der Verbraucher aus.¹⁾

Der von den Vertragspartnern vorgetragenen Behauptung, die Absatzorganisation habe eine Erhöhung und Rationalisierung der Produktion und diese wiederum eine Senkung der Endpreise ermöglicht, hält die Kommission entgegen, es fehle der Nachweis der Kausalität zwischen der Tätigkeit der Verkaufsorganisation und der Produktionserhöhung bzw. Preisentwicklung. Es gebe keine Anzeichen dafür, daß Parallelimporte eine Senkung des Umsatzes zur Folge haben würden.

Diese Ausführungen zeigen erneut, daß die Kommission bei der Frage nach der Beteiligung der Verbraucher entscheidendes Gewicht auf die Preissituation legt. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Führt eine Bindung dazu, daß die Ware erheblich teurer ist als im Nachbarland, so wird man die Möglichkeit einer angemessenen Beteiligung durchweg verneinen müssen.²⁾ Eine Ausnahme kann nur in solchen Fällen gelten, in denen die übrigen Vertriebsbedingungen für die Verbraucher so bedeutend verbessert werden und bei der betreffenden Ware von solcher Wichtigkeit sind, daß dem-

1) Im Schrifttum wird teilweise gegen die Entscheidung vorgebracht, die Kommission habe nicht sorgfältig genug geprüft, ob die unterschiedlichen Preise nicht doch sachlich gerechtfertigt seien: DERINGER, Arved a.a.O., MA 1965, S. 130; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 59; JEANTET, Fernand-Charles a.a.O., La Semaine Juridique 1964, Doctrine 1871; MÖHRING, Philipp a.a.O., NJW 1965, S. 1636. Er weist vor allem darauf hin, daß Consten die Werbeausgaben, die er zur Erschließung des französischen Marktes gemacht habe, im Abgabepreis berücksichtigen dürfe, ohne daß die Preisdifferenz dadurch anormal würde.

2) de KEYSER, Leon J. a.a.O., S. 291 ff; anderer Ansicht JEANTET, Fernand-Charles a.a.O., S. 4.

gegenüber ein überhöhter Preis keine Rolle spielt.¹⁾ Diese Möglichkeit ist wohl auch nach Ansicht der Kommission nicht generell ausgeschlossen. Aus den Ausführungen ergibt sich aber, daß nach Meinung der Kommission die Parteien beweispflichtig dafür sind, daß die Vorteile gerade durch den absoluten Gebietsschutz bewirkt worden sind.

Sind die Preise in den betreffenden Ländern relativ gleich, so können schon sonstige Verbesserungen von einigem Gewicht eine angemessene Beteiligung darstellen.²⁾

Vorläufiges Ergebnis:

Bei absolutem Gebietsschutz besteht die Gefahr, daß künstlich überhöhte Preise geschaffen werden. Wird das festgestellt, so ist in der Regel eine angemessene Beteiligung der Verbraucher zu verneinen.

- c) Bestehen insoweit keine Bedenken gegen eine Freistellung, so muß weiter geprüft werden, ob die Beschränkung unerlässlich ist. Dabei muß nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes³⁾ die Wirkung jedes einzelnen Vertragsbestands auf die Verbesserung der Warenverteilung beurteilt und dann geprüft werden, ob die sich ergebenden Vorteile ausreichen, um die Wettbewerbsbeschränkung als unerlässlich erscheinen zu lassen. Die Frage lautet also konkret: Können die Verbesserungen und die Beteiligung der Verbraucher auch ohne den absoluten Gebietsschutz erreicht werden? Dabei muß man jede der möglichen Verbesserungen für sich allein betrachten.

1) Von den Kritikern der "Grundig-Consten"-Entscheidung wird weiter geltend gemacht, die Kommission bewerte die Preise gegenüber den anderen Faktoren zu sehr, so DERINGER, Arved a.a.O., MA 1965, S. 130; EWALD, Heinz a.a.O., MA 1965, S. 118.

2) Vgl. GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 117.

3) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 397 = WuW/E EWG 135 = AWD BB 1966, S. 310.

Der absolute Gebietsschutz könnte zunächst unerlässlich für die Erschließung eines neuen Marktes überhaupt sein. So haben z.B. die Klägerinnen im "Grundig-Consten"-Prozeß argumentiert:¹⁾ Der Alleinvertriebsberechtigte übernehme mit der Erschließung eines neuen Marktes ein großes Kostenrisiko. Ohne absoluten Gebietsschutz bestehe die Gefahr, daß die Früchte seiner Arbeit später Parallelimporteuren zugute kämen; denn diese könnten die Waren billiger anbieten, da sie keine Markteinführungskosten gehabt hätten. Solange diese Gefahr bestehe, werde sich niemand bereit finden, den Alleinvertrieb zu übernehmen.

Diese Argumente sind nicht überzeugend. Der Alleinvertreter hat auch ohne absoluten Gebietsschutz erhebliche Vorteile gegenüber seinen Konkurrenten. Er ist der einzige Händler, der die Waren unmittelbar vom Produzenten beziehen kann. Alle anderen bekommen sie nur aus zweiter Hand, also: zu einem höheren Preis.²⁾ Dieser Vorteil ermöglicht dem Alleinvertreter eine intensive Bearbeitung des Marktes und braucht ihn nicht befürchten zu lassen, daß andere von seinen Anstrengungen profitieren. Aus diesem Grund ist der Alleinvertrieb auch ohne absoluten Gebietsschutz für Händler attraktiv.³⁾ Es geht auch nicht an, das Unternehmerrisiko bis zur vollständigen Amortisierung der Kosten mittels wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen auf das Publikum abzuwälzen. Der Gesichtspunkt, daß die Erschließung eines neuen Marktes nur mittels absoluten Gebietsschutzes möglich sei, kann schließlich sowieso nur durchgreifen, solange der Produzent auf dem Markt noch nicht festen Fuß gefaßt hat.

1) in Sammlung a.a.O., S. 381.

2) Kommission a.a.O., WuW 1964, S. 1077.

3) Das kann u.U. anders sein, wenn es sich um technisch komplizierte Waren handelt, die vom Abnehmer eine besonders kostspielige Wartung erfordern, vgl. LADAS, Stephen P.: Exclusive Distribution Agreements and the Common Market Antitrust Law in: The Antitrust Bulletin 1964, S. 770; de KEYSER, Leon J. a.a.O., S. 293; ähnlich DERINGER/TESSIN: Anmerkung zu der Entscheidung "Grundig-Consten" in: AWD BB 1964, S. 333; s. auch unten S. 208 f.

Das Alleinvertriebsrecht erleichtert dem Hersteller weiter die Marktbeobachtung. Es wird eingewandt, der Händler würde die Kosten der Marktbeobachtung nicht übernehmen, wenn die dadurch entstehenden Vorteile Parallelimporteuren zuflössen.¹⁾ Diese Gefahr besteht jedoch nicht. Die gründliche Marktbeobachtung ermöglicht es dem Händler, die Waren den besonderen Wünschen der Verbraucher anzupassen und so den Absatz zu fördern. Die Vorteile der Marktbeobachtung kommen also nur ihm zugute.²⁾

Der Alleinvertriebsberechtigte ist ferner im Interesse einer rationellen Produktion verpflichtet, seine Aufträge sehr früh zu erteilen. Er muß also möglichst genaue Vorausdispositionen treffen. Ohne absoluten Gebietsschutz wird dies erschwert; denn da der Umfang der Paralleleinfuhren schwer abzuschätzen ist, sind die Vorausdispositionen mit einem großen Unsicherheitsfaktor belastet.³⁾

Dennoch ist nach Ansicht der Kommission auch insoweit absoluter Gebietsschutz nicht unerläßlich.⁴⁾ Sie meint, auch wenn Parallelimporte zulässig wären, würde sich mit der Zeit eine gewisse Kontinuität in den Geschäftsbeziehungen zwischen den Parallelimporteuren und ihren Lieferanten ergeben. Außerdem bestehe die Möglichkeit, Vorausdispositionen zu treffen, offensichtlich auch auf dem deutschen Markt, obwohl dort kein Gebietsschutz vereinbart sei.

Hiergegen läßt sich allerdings einwenden, daß der einheimische Markt dem Produzenten vertrauter ist als der ausländische, so daß Vorausdispositionen auf ihm leichter sind.⁵⁾ Im Ergebnis ist aber der Kommission zuzustimmen; denn jeder Vorausdisposition wohnt ein gewisses Unsicherheits-

2) "Grundig-Consten"-Prozeß in Sammlung a.a.O., S. 399 = WuW/E EWG 136.

1) "Grundig-Consten"-Prozeß in Sammlung a.a.O., S. 382.

3) "Grundig-Consten"-Prozeß in Sammlung a.a.O., S. 378 f.

4) a.a.O., WuW 1964, S. 1076.

5) DERINGER, Arved a.a.O., MA 1965, S. 132.

moment inne. Solche Risiken sind aber mit jeder kaufmännischen Tätigkeit verbunden und können keinen besonderen Schutz rechtfertigen.¹⁾

Weiter wird vorgebracht, der Alleinvertreter müsse ein großes Lager führen; denn er dürfe sich nicht auf den Verkauf gängiger Typen beschränken, sondern müsse auch den Absatz schwer verkäuflicher Erzeugnisse fördern. Zu diesem Zweck sei der absolute Gebietsschutz unerlässlich.²⁾

Würden sich Parallelimporteure auf den Verkauf gängiger Typen beschränken, dann bestände für den Alleinvertreter gerade ein besonderer Anreiz, den Verkauf der anderen Produkte voranzutreiben. Er würde sich also auch ohne absoluten Gebietsschutz um den Vertrieb bemühen. Außerdem kann eine Freistellung nur erfolgen, wenn die Bindung unerlässlich zur Verwirklichung "dieser Ziele" ist, also auch der angemessenen Beteiligung der Verbraucher. Ob es für sie besonders vorteilhaft ist, wenn ihnen eine verwirrende Vielzahl von zum Teil schlecht verkäuflichen Waren angeboten wird, ist zweifelhaft.

Ferner ist zu prüfen, ob nicht absoluter Gebietsschutz unerlässlich zur Sicherung eines lückenlosen Garantiedienstes ist. Man könnte nämlich befürchten, daß Parallelimporteure keine Garantie übernähmen und dadurch der Ruf der Waren leiden könnte. Der Gerichtshof³⁾ hat dazu ausgeführt, die Käufer könnten ihre diesbezüglichen Ansprüche nur bei ihrem Lieferanten und nur gemäß den mit diesem vereinbarten Bedingungen geltend machen. Die Gefahr einer Rufschädigung entstehe daher nicht. Außerdem habe die Hauptkonkurrentin der Firma Consten auf dem französischen Markt, die Firma UNEF, Garantieleistungen zu Bedingungen erbracht, die dem

1) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 397 = WuW/E EWG 135 = AWD BB 1966, S. 310.

2) DERINGER, Arved a.a.O., MA 1965, S. 134.

3) EuGH ("Grundig-Consten") in Sammlung a.a.O., S. 398 = WuW/E EWG 135 = AWD BB 1966, S. 310; ähnlich die Kommission a.a.O., WuW 1964, S. 1076.

Ruf der Marke Grundig anscheinend nicht geschadet hätten.

Diese Begründung ist ersichtlich auf den Einzelfall zugeschnitten. Es ist nicht selbstverständlich, daß die Parallelimporteure denselben Garantiedienst erbringen wie der Alleinvertriebsberechtigte. Selbst wenn die Käufer mit dem Parallelimporteur vereinbart haben, daß keine Garantie übernommen wird, so kann die fehlende Garantie doch nachträglich zu einer Verärgerung des Verbrauchers und zu einer Rufschädigung der betreffenden Marke führen.¹⁾

Ähnliches gilt für den bezahlten Kundendienst, also vor allem die Ausführung von Reparaturen und die Lieferung von Ersatzteilen. Die Kommission²⁾ hat auch hier die Notwendigkeit des absoluten Gebietsschutzes mit folgender Begründung verneint: Die Firma Consten habe keine Nachteile, wenn sie Reparaturen für Kunden ausführe, die sie nicht beliefert habe; denn es handle sich dabei um eine normale unternehmerische Tätigkeit, für die Consten auch bezahlt werde. Außerdem würden die Parallelimporteure durch den Wettbewerb gezwungen, ebenfalls Kundendienst zu leisten.³⁾

Gegen das letztere läßt sich einwenden, daß es einem Händler möglich sein kann, den Alleinvertreter so im Preis zu unterbieten, daß er Kunden findet, obwohl er keinen Kundendienst leistet.⁴⁾ Dadurch kann wieder dem Ruf der Ware Schaden entstehen. In solchen Fällen ist es möglich, daß die in Abs. 3 erwähnten Ziele ohne absoluten Gebietsschutz nicht erreicht werden können. Das gilt besonders für technisch komplizierte Waren, deren Aufbewahrung, Pflege, Verkauf und Reparatur besonders geschultes Personal, spezielle

1) DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 333; GOLDSMITH, J.-C. a.a.O., Dalloz 1965, Chronique S. 238 f.

2) a.a.O., WuW 1964, S. 1077.

3) Die Kommission argumentiert weiter, wesentliche Nachteile durch Kunden- und Garantiedienst seien für Consten auch deshalb nicht zu befürchten, weil die Aufwendungen dafür 1963 nur 1,18 % des Umsatzes von Consten ausgemacht hätten.

4) Zu denken ist besonders an Discountgeschäfte und "Cash-and-carry-Betriebe", vgl. EWALD, Heinz a.a.O., MA 1965, S. 119.

Einrichtungen usw. erfordern. Zur Sicherung eines gerade hier bedeutsamen Garantie- und Kundendienstes kann absoluter Gebietsschutz im Einzelfall unerlässlich sein. Nur in derartigen Ausnahmefällen kann eine Freistellung erfolgen.¹⁾

- d) Allerdings muß in diesem Fall noch hinzukommen, daß die Möglichkeit zur Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs nicht gegeben wird. Zwar wird der Wettbewerb auf der Händlerebene ausgeschaltet. Es kommt aber weiter darauf an, in welchem Maße auf der Produzentenebene Wettbewerb besteht. Nur wenn der Produzent eine monopolähnliche Stellung hat und Substitute in nennenswertem Umfang nicht existieren, wird eine Freistellung auch aus diesem Grund versagt werden können.²⁾

2. Unterabschnitt:

1. Soweit ein Alleinvertriebsvertrag, der den Vertrieb von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat betrifft, nach Art. 85 Abs. 1 verboten ist, gilt für die Freistellung nach Abs. 3 nichts wesentlich anderes. Die Verbesserungen der Warenverteilung und die Vorteile für den Verbraucher sind die gleichen.³⁾ Bei der Frage nach der Unerlässlichkeit der Beschränkung muß wieder unterschieden werden, ob absoluter Gebietsschutz vereinbart ist oder nicht. Nur im letzteren Fall kommt eine Freistellung regelmäßig in Betracht.
2. Auch für den Fall, daß dem Abnehmer der Export von einem Mitgliedstaat in einen anderen untersagt wird, kann der Fall "Grundig-Consten" als Beispiel dienen. Die Kommission hat dazu keine Ausführungen gemacht, aber im Tenor ihrer Entscheidung die Vertragspartner verpflichtet, Handlungen zu unterlassen, die für Dritte den Bezug der Waren erschweren. Hieran ist von den Prozeßparteien⁴⁾ und im

1) GOLDSMITH, J.-C. a.a.O., S. 238 f; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 59; DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 333; de KEYSER, Leon J. a.a.O., S. 293.

2) Vgl. de KEYSER, Leon J. a.a.O., S. 293 ff.

3) s.o. S. 194.

4) in Sammlung a.a.O., S. 352 ff.

Schrifttum¹⁾ heftige Kritik geübt worden. Der Gerichtshof²⁾ hat das Vorgehen der Kommission jedoch bestätigt. Er meint, das Verbot sei eine notwendige Ergänzung zu dem Verbot des absoluten Gebietsschutzes und betreffe daher nur Fragen, die Gegenstand des Verfahrens seien. Die Wirksamkeit von Verträgen zwischen Grundig und Dritten werde nicht unmittelbar berührt, sondern nur die Handlungsfreiheit Grundig's eingeschränkt.

Eine Verbesserung der Warenverteilung wird man auch bei Exportverboten durchweg bejahen können.³⁾ Fraglich ist die angemessene Beteiligung der Verbraucher. Exportverbote sind aus der Sicht des Herstellers im allgemeinen nur dann erforderlich, wenn in den Ländern Preisdifferenzen bestehen, die nach seinem Willen aufrechterhalten bleiben sollen.⁴⁾ Ist das der Fall, so kann die Beteiligung der Verbraucher kaum noch angemessen sein.⁵⁾

Auch die Frage der Unerläßlichkeit ist regelmäßig zu verneinen. Die erstrebten Vorteile können schon dadurch erreicht werden, daß der Produzent direkte Lieferungen in das betreffende Land unterläßt. Die Verhinderung von Parallelimporten ist dazu, abgesehen von Sonderfällen, nicht erforderlich.⁶⁾ Die Eignung zur Ausschaltung von Wettbewerb ist ebenfalls wie bei Alleinvertriebsrechten zu prüfen.⁷⁾ Als Ergebnis ist festzustellen, daß bei Exportverboten ebenso wie bei Alleinvertriebsrechten mit absolutem Gebietschutz eine Freistellung idR nicht erfolgen kann.⁸⁾

1) DERINGER/TESSIN a.a.O., S. 332; MÖHRING, Philipp a.a.O., S. 1636 f; RITTNER, Fritz a.a.O., MA 1965, S. 110.

2) in Sammlung a.a.O., S. 395.

3) s.o. S. 194.

4) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 52.

5) de KEYSER, Leon J. a.a.O., S. 290 f.

6) s.o. S. 205 ff.

7) s.o. S. 200 ff.

8) anderer Ansicht SCHWARTZ, Gustav in Gem.Komm. a.a.O., § 18 Anm. 58, der sich bei Exportverboten für eine großzügige Anwendung des Abs. 3 ausspricht.

3. Auch bei Re-Importverboten gilt nichts wesentlich anderes. Sie tragen zur Verbesserung der Warenverteilung bei, sofern sie inländische Alleinvertriebsrechte schützen. Die angemessene Beteiligung der Verbraucher ist zweifelhaft, weil die Existenz des Re-Importverbots ein Indiz für die Existenz überhöhter Preise ist.¹⁾

Ferner fehlt im allgemeinen die Unerläßlichkeit. Hier taucht die besondere Frage auf, ob Re-Importverbote zum Schutz inländischer Preisbindungen unerläßlich sind.²⁾ Eine Freistellung kann aber nur erfolgen, wenn die Beschränkung zur Erreichung der in Abs. 3 selbst genannten Ziele unerläßlich ist. Es genügt also nicht, daß andere Ziele des Produzenten nicht ohne das Re-Importverbot erreicht werden können. Daher ist die Unerläßlichkeit hier ebenso zu verneinen wie bei den übrigen Gebietsbeschränkungen, so daß eine Freistellung regelmäßig nicht möglich ist.³⁾

4. Betrifft das Exportverbot den Vertrieb von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat, so gelten die obigen Ausführungen entsprechend. Eine Freistellung kommt regelmäßig nicht in Betracht. Dasselbe gilt schließlich, wenn ausnahmsweise Vertriebsbindungen innerhalb eines Mitgliedstaates nach Abs. 1 verboten sind.

Ergebnis:

Von allen Gebietsausschließlichkeiten, die nach Art. 85 Abs. 1 verboten sind, können grundsätzlich nur Alleinvertriebsrechte ohne absoluten Gebietsschutz gemäß Abs. 3 freigestellt werden.

1) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 52.

2) Vgl. das ähnliche Problem im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 (S. 179 f); ferner de KEYSER, Leon J. a.a.O., S. 292.

3) anderer Ansicht LUTZ/BASSON: Re-Importverbot und EWG-Vertrag in: NJW 1961, S. 389 und SCHÖLZ, Ulrich: Die vertikale Preisbindung und das Wettbewerbsrecht der EWG in: WRP 1963, S. 8, die sich für eine großzügige Freistellung aussprechen.

3. Abschnitt:

1. Art. 85 Abs. 3 lautet: "Die Bestimmungen des Abs. 1 k ö n n e n für nicht anwendbar erklärt werden..." Aus dieser Formulierung könnte man schließen, die Kommission sei auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 3 nicht verpflichtet, die Freistellung zu erklären.¹⁾ Im Schrifttum wird jedoch überwiegend die Ansicht vertreten, daß entgegen dem Wortlaut eine Verpflichtung der Kommission bestehe und der Antragsteller beim Vorliegen der Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf die Freistellung habe.²⁾

Die Kommission hat sicherlich keinen Ermessensspielraum dergestalt, daß eine Nachprüfung nur hinsichtlich eines Ermessensmißbrauchs möglich wäre. Vielmehr handelt es sich bei Abs. 3 um echte Rechtsbegriffe, deren Auslegung durch die Kommission in vollem Umfang vom Europäischen Gerichtshof überprüft werden kann.³⁾ Man muß aber Art. 85 Abs. 3 im Zusammenhang mit dem gesamten Vertrag, insbesondere dem Grundsatz des Art. 3 f, betrachten. Die Kommission wird daher die Freistellung eines Vertrags trotz Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 verweigern dürfen, wenn das Ziel des Art. 3 f durch die Vereinbarung beeinträchtigt würde.⁴⁾ Diese Auslegung wird dem Wortlaut des Abs. 3 sowie dem Zweck der Wettbewerbsregeln gerecht, ohne daß der Kommission zu weitgehende Befugnisse eingeräumt werden.

Verwandt mit diesem Problem ist die Frage, ob die Freistellung erfolgen kann, wenn die Vereinbarung gegen ein anderes konkretes Verbot des EWG-Vertrags verstößt.⁵⁾ Auch hier muß

1) so RYZIGER, Paul-François a.a.O., Gaz.Pal. 1963 I, S. 17.

2) AXSTER, Oliver a.a.O., S. 150; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 4; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O. Art. 85 Anm. 141; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 98.

3) Vgl. Fußn. 2; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 55.

4) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 55 f.

5) Vgl. vor allem DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 6 ff.

man die Wettbewerbsregeln in ihrem Zusammenhang sehen. Es wäre seltsam, wenn eine Freistellung erfolgen würde, obwohl die Vereinbarung gleichzeitig gegen Art. 86 verstößt, der keine Freistellungsmöglichkeit enthält. In einem solchen Fall müßte vielmehr die Erklärung nach Art. 85 Abs. 3 verweigert werden.¹⁾

Dasselbe wird in den Fällen angenommen, in denen ein Verstoß gegen Art. 7 vorliegt,²⁾ während bei einem Zusammentreffen mit sonstigen Verboten Streit besteht.³⁾

2. Eine weitere Frage zum Recht des Abs. 3 wurde ebenfalls im Fall "Grundig-Consten" akut. Die Kommission versagte im Tenor der Entscheidung die Freistellung für den ganzen Vertrag, obwohl sich aus den Gründen ergibt, daß die Freistellung nur am absoluten Gebietsschutz scheiterte. Vielfach wird gefordert, die Kommission hätte zumindest den nach ihrer Meinung unbedenklichen Teil des Vertrags freistellen müssen.⁴⁾

Diese Kritik erscheint nicht berechtigt. Die Ansicht der Kommission befindet sich im Einklang mit dem Wortlaut des Abs. 3. Er besagt, daß die Nichtanwendbarkeitserklärung erteilt werden kann,...sofern den Unternehmen keine unerläßlichen Beschränkungen auferlegt werden. Danach kann die Freistellung als ganze versagt werden, wenn diese Voraussetzung nicht vorliegt. Die Notwendigkeit einer Teilfrei-

1) MESTMÄCKER, Ernst-Joachim a.a.O., S. 56; BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 32; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 143.

2) BAUMBACH/HEFERMEHL a.a.O., Art. 85 Anm. 32; DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 8; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 143.

3) Vgl. DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Anm. 6.

4) DERINGER, Arved a.a.O., MA 1965, S. 126; DERINGER/TESSIN a.a.O., AWD BB 1964, S. 332; MÖHRING, Philipp a.a.O., S. 1636; RITTNER, Fritz a.a.O., MA 1965, S. 112.

stellung ergibt sich aus dem Vertrag nicht. Sie folgt auch nicht für den Bereich der BRD aus § 139 BGB; denn anders als Art. 85 Abs. 1 stellt Abs. 3 nicht fest, ob eine Vereinbarung nichtig ist, sondern im Gegenteil, ob eine nach Abs. 1, 2 nichtige Vereinbarung geheilt werden kann. Das ist kein Fall des § 139 BGB. Schließlich kann die Kommission auch nicht wissen, ob eine teilweise Freistellung überhaupt dem Willen der Parteien entspricht. Aus diesen Gründen wird man eine Pflicht der Kommission zur teilweisen Freistellung jedenfalls dann nicht annehmen können, wenn die Parteien dies nicht zumindest hilfsweise beantragt haben.¹⁾

3. In Art. 85 Abs. 3 heißt es, daß Abs. 1 auch auf Gruppen von Vereinbarungen für nicht anwendbar erklärt werden kann. Daraus wurde schon früher geschlossen, daß sog. Gruppenausnahmen erteilt werden können.²⁾ Über die weiteren dadurch aufgeworfenen Fragen bestand jedoch Streit. Zunächst war fraglich, wer für die Erteilung von Gruppenausnahmen zuständig sein sollte, der Rat oder die Kommission. Dieser Streit wurde auch durch die VO 17 des Rates nicht beendet. Zwar legt Art. 9 VO 17 die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für Freistellungserklärungen fest, das gilt aber zunächst nur für die in der VO 17 selbst geregelten Erklärungen, also für die Behandlung von Einzelfällen. Wenn man darüber hinaus aus Art. 9 VO 17 die Zuständigkeit der Kommission auch für Gruppenausnahmen herleitete, so mußte man die Meldepflicht des Art. 4 Abs. 1 VO 17 beachten. Auch eine Gruppenausnahme konnte also nur bereits angemeldete Vereinbarungen betreffen und war damit

1) GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., Art. 85 Anm. 141.

2) Vgl. DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 16 ff; KLEEMANN, Gerd in Wettbewerbsregeln a.a.O., S. 50; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 101 ff; SÖLTER, Arno a.a.O., WuW 1961, S. 676; anderer Ansicht KOCH, N. a.a.O., Betrieb 1959, S. 246.

in ihrer Bedeutung stark eingeschränkt.¹⁾

Um den Kompetenzstreit aus der Welt zu schaffen,²⁾ legte die Kommission dem Ministerrat den Entwurf einer Verordnung vor, die sie generell zur Erteilung von Gruppenausnahmen ermächtigen sollte. Der Entwurf stieß jedoch auf Bedenken. Man befürchtete, in dieser Form würden der Kommission Rechtsetzungsbefugnisse übertragen. Schließlich wurde am 2.3.1965 die VO 19 des Rates erlassen,³⁾ die zwar eine Ermächtigung für die Kommission enthält, ihrerseits durch eine Verordnung Gruppenausnahmen zu regeln, aber nicht in dem gewünschten Umfang.⁴⁾ Vor allem ist diese Ermächtigung auf Alleinvertriebs- und Lizenzverträge beschränkt.

Die italienische Regierung hat in einem Prozeß gegen den Rat und die Kommission unter anderem den Antrag gestellt, die VO 19 für unanwendbar zu erklären, da sie gegen verschiedene Vorschriften des EWG-Vertrages wie Art. 85, 87, 222, verstoße.

Der Europäische Gerichtshof hat die Klage durch Urteil vom 13.7.1966⁵⁾ in vollem Umfang abgewiesen. Er führt dabei aus: Eine Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 setze grundsätzlich voraus, daß die Vereinbarung unter Art. 85 Abs. 1

1) DERINGER, Arved in Komm. a.a.O., Art. 85 Abs. 3 Anm. 18; KÖNIG, Dieter a.a.O., S. 101.

2) Vgl. zu dieser Frage vor allem KAISER, Joseph: Zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des EWG-Vertrages auf Gruppen von Kartellverträgen, FIW-Schriftenreihe, Heft 21, 1964, der die Zuständigkeit der Kommission bejaht (S. 34 ff); anderer Ansicht RYZIGER, Paul-François a.a.O., S. 17.

3) Amtsblatt 1965, S. 533 ff = GRUR Ausl. 1965, S. 249 f.

4) Vgl. zur Vorgeschichte und zum Inhalt der VO 19: DERINGER, Arved: Die Verordnung über Gruppenfreistellungen nach EWG-Kartellrecht in: NJW 1965, S. 1105; DERINGER/TESSIN: Gruppenausnahmen im EWG-Kartellrecht in Aussicht in: AWD BB 1964, S. 71; GLEISS/HIRSCH in Komm. a.a.O., VO 19; KIRSCHSTEIN, Friedrich: Die EWG-Verordnung über Gruppenfreistellungen in: WuW 1965, S. 361; MAILÄNDER, K.-Peter: Rückwirkende Freistellungen durch Gruppenausnahmen im EWG-Kartellrecht in: AWD BB 1965, S. 161; TESSIN, Claus: Gruppenausnahmen im EWG-Kartellrecht für Alleinvertriebs- und Lizenzverträge in: AWD BB 1965, S. 54.

5) in Sammlung 1966, S. 481 ff = AWD BB 1966, S. 286 f.

falle. Würden Gruppen von Vereinbarungen freigestellt, so sei damit aber noch keine Vorwegentscheidung über das Vorliegen des Art. 85 Abs. 1 getroffen. Die Beschreibung einer Gruppe sei nur ein Rahmen, der nichts darüber aussage, ob jeder der zu ihr gehörenden Verträge an sich verboten sei. Es müsse nur die Möglichkeit bestehen, daß die betreffenden Verträge unter das Verbot des Abs. 1 fielen. Entfalle schon diese Möglichkeit, so sei die VO gegenstandslos. Unter diesem Aspekt sei die VO 19 aber unbedenklich. Sie greife Art. 85 Abs. 1 nicht vor, sondern bedeute nur, daß die beschriebenen Gruppen von Verträgen möglicherweise unter das Verbot fielen.

Gestützt auf die Ermächtigung der VO 19 hat die Kommission zunächst den Entwurf einer Verordnung über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 auf Gruppen von Vereinbarungen veröffentlicht¹⁾ und alle Betroffenen aufgefordert, sich dazu zu äußern. Am 22.3.1967 hat sie dann die VO 67 erlassen,²⁾ die am 1.5.1967 in Kraft getreten und somit für die jetzige Rechtslage maßgeblich ist.

Nach Art. 1 VO 67 sind Alleinvertriebsvereinbarungen, die den Warenaustausch zwischen Mitgliedstaaten regeln und an denen nur zwei Unternehmen beteiligt sind, nach Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag bis zum 31.12.1972 vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 befreit. Gemäß Art. 2 VO 67 dürfen dem Abnehmer nur bestimmte Verpflichtungen auferlegt werden, nämlich: Konkurrenzverbote, das Verbot, außerhalb des Vertragsgebietes Kunden zu werben, Niederlassungen zu errichten oder Auslieferungslager zu unterhalten, die Verpflichtung, die Vertragswaren unter dem Warenzeichen

1) Amtsblatt 1966, S. 2863.

2) Amtsblatt 1967, S. 849 ff; vgl. zur VO 67 KIRSCHSTEIN, Friedrich: Die Gruppenfreistellungsverordnung der EWG-Kommission für Alleinvertriebsverträge in: WuW 1967, S. 373; TESSIN, Claus: Gruppenfreistellung für Alleinvertriebsverträge in: NJW 1967, S. 1164; SPORMANN, Kurt: Die Gruppenfreistellung zweiseitiger Alleinvertriebsvereinbarungen in: AWD BB 1967, S. 175.

oder in der Ausstattung zu vertreiben, die der Hersteller verwendet,

die Verpflichtung, den Vertrieb zu fördern, z.B. durch Werbung, Lagerhaltung, Gewährung von Kunden- und Garantiedienst sowie Einstellung geschulten Personals.

Eine Freistellung nach der VO 67 kommt nicht in Betracht, wenn sich Hersteller von Konkurrenzerzeugnissen gegenseitig den Alleinvertrieb übertragen oder wenn es dem Abnehmer erschwert wird, sich die Waren bei anderen Händlern zu beschaffen (Art. 3 VO 67).

4. Abschnitt:

Wie das Freistellungsverfahren nach Art. 85 Abs. 3 generell zu erfolgen hat, ist im wesentlichen in der VO 17 des Rates und der VO 27 der Kommission geregelt.

Vor Erlaß der VO 67 bestanden hinsichtlich Alleinvertriebsverträgen zahlreiche Zweifelsfragen. So war fraglich, ob zur Freistellung eine Anmeldung erforderlich war oder ob die Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Ziffer 2 a VO 17 auch für solche Verträge galt. Die herrschende Meinung ging dahin, Alleinvertriebsverträge müßten angemeldet werden.¹⁾ Das entsprach offensichtlich auch der Ansicht der Kommission. Während nämlich gemäß Art. 4 Abs. 2 VO 27 die Anmeldung im allgemeinen auf dem sog. Formblatt B erfolgen mußte, konnte die Anmeldung bestimmter Alleinvertriebsverträge gemäß der VO 153²⁾ auf dem vereinfachten Formblatt B 1 erfolgen. Das zeigte, daß keine Anmeldefreiheit bestand. Die VO 153 ist durch Art. 7 Abs. 1 VO 67 aufgehoben worden.

Es gilt also jetzt folgendes:³⁾ Erfüllt ein Vertrag die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag und die der VO 67, so ist er erlaubt, ohne daß eine Anmeldung oder Freistellungserklärung erforderlich ist. Art. 1 VO 67 ist

1) statt aller DERINGER, Arved: Inhalt und Auswirkungen der ersten Kartellverordnung der EWG in: GRUR Ausl. 1962, S. 294.

2) in Gem.Komm. Anhang Text D.

3) Vgl. den Text der VO 67 sowie KIRSCHSTEIN, Friedrich a.a.O., S. 373 ff.

eine echte Legalausnahme. Erfüllt ein Vertrag zwar die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3, nicht aber die der VO 67, so kann eine Freistellung nur nach den allgemeinen Regeln der VO 17 und VO 27 erfolgen, also durch Einzelentscheidung nach vorheriger Anmeldung auf dem Formblatt B.¹⁾ Ist eine derartige Vereinbarung bereits auf dem nicht mehr gültigen Formblatt B 1 angemeldet worden, so muß die Anmeldung durch Einreichung des Formblatts B ergänzt werden (Art. 7 Abs. 2 VO 67). Erfüllt ein Vertrag schließlich die Voraussetzungen der VO 67, nicht aber die des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, so gilt er zunächst gemäß Art. 1 VO 67 als erlaubt. Die Kommission kann aber gemäß Art. 7 VO 19 die Wirkung der VO 67 durch Einzelentscheidung beseitigen (vgl. auch Art. 6 VO 67).

5. Teil (Zusammenfassung):

Da Art. 85 Abs. 1 auf horizontale und vertikale Verträge anwendbar ist, können Gebietsausschließlichkeiten im Vertrieb unter das Verbot fallen. Jedoch sind die Voraussetzungen nur bei einzelnen Arten erfüllt. Nicht verboten sind zunächst sämtliche Bindungen mit Handelsvertretern, Kommissionären und Kommissionsagenten. Bei Verträgen mit Eigenhändlern muß unterschieden werden:

- 1) Verträge, die nur den Vertrieb innerhalb eines Mitgliedstaates betreffen, sind ausnahmsweise verboten, wenn sie mittelbare Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben.
- 2) Verträge, die den Export von einem Mitgliedstaat in einen anderen bzw. den entsprechenden Re-Import regeln, sind verboten, gleichgültig, ob es sich um Bindungen des Produzenten oder des Händlers handelt.
- 3) Verträge, die den Export von einem Mitgliedstaat in Drittstaaten zum Inhalt haben, sind erlaubt.

1) Vgl. den Text der VO 17; ferner das Merkblatt der Kommission in: WuW 1964, S. 79 ff; DERINGER, Arved a.a.O., WuW 1962, S. 81 ff; SCHLIEDER, Willy a.a.O., BB 1962, S. 306 ff.

4) Verträge, die den Export von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat regeln, sind verboten.

Die hiernach verbotenen Verträge sind nichtig (Art. 85 Abs. 2), sofern nicht eine Freistellung nach Abs. 3 in Betracht kommt. Die Freistellung kann aber grundsätzlich nur für Alleinvertriebsrechte ohne absoluten Gebietsschutz erfolgen, wobei für bestimmte Arten nach der VO 67 der Kommission eine Gruppenfreistellung gilt.



L e b e n s l a u f

Am 4. Januar 1940 wurde ich, Hermann Schwanke, als Sohn des Hauptlehrers Paul Schwanke und seiner Ehefrau Charlotte geborene Weingarten in Hamm/Westfalen geboren. Ich bin deutscher Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1946 bis Ostern 1950 besuchte ich die Volksschule in Essel (Kreis Recklinghausen), anschließend das Städtische Neusprachliche Gymnasium in Datteln, an dem ich am 4. März 1959 die Reifeprüfung ablegte. Im Sommersemester 1959 ließ ich mich an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Münster immatrikulieren und bestand am 24. August 1963 bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung mit "voll befriedigend". Am 2. April 1968 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen die zweite juristische Staatsprüfung mit "voll befriedigend". Seitdem bin ich im richterlichen Dienst tätig.

